

THÈSE DE
PARIS.
1884.
N^o. 34.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES RAPPORTS DE LA SOCIÉTÉ

AVEC LES TIERS

EN DROIT ROMAIN

DES SOCIÉTÉS CIVILES

A FORMES COMMERCIALES

EN DROIT FRANÇAIS

THESE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Vendredi 20 Juin 1884, à neuf heures et demie

PAR

FERNAND DERECQ

Avocat à la Cour d'Appel de Paris

Président : M. RATAUD

SUPFRAGANTS :	{	MM. GLASSON	{	Professeurs
		LYON-CAEN		
		ALGLAVE	{	Agréés
		ESMEIN		

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1884



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

Saint-Amand (Cher). — Imprimerie DESTENAY.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES RAPPORTS DE LA SOCIÉTÉ

AVEC LES TIERS

EN DROIT ROMAIN

DES SOCIÉTÉS CIVILES

A FORMES COMMERCIALES

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Vendredi 20 Juin 1884, à neuf heures et demie

PAR

FERNAND DEREQ

Avocat à la Cour d'Appel de Paris

Président : M. RATAUD

SUFFRAGANTS :

MM. GLASSON

LYON-CAEN

ALGLAVE

ESMEIN

} Professeurs

} Agrégés

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1884



*A LA MÉMOIRE CHÈRE ET VÉNÉRÉE DE
MA MÈRE*

A MON PÈRE

DROIT ROMAIN

DES RAPPORTS DE LA SOCIÉTÉ AVEC LES TIERS

INTRODUCTION

Tout a été dit sur la puissance de l'esprit d'association appliqué aux entreprises qui ont un but pécuniaire, sur le grand rôle qu'a joué de nos jours le contrat de société et sur l'avenir qui lui est réservé : il serait superflu d'insister. Quelque rapides qu'aient été à notre époque les progrès du contrat de société, il importe pourtant de ne pas se contenter de faire remonter aux temps modernes l'origine de ces développements. On l'a très-justement fait remarquer, l'idée d'association est aussi ancienne que le monde et « l'homme créé sociable » n'a fait qu'obéir à ses instincts les plus intimes, lorsqu'il a appliqué l'idée de la société à l'administration « de ses intérêts matériels¹. » Sans parler du moyen

¹ Troplong. Du contrat de société, T. I, Préface, p. 2.

âge qui ne peut nous arrêter et qui vit de nombreuses sociétés de serfs et d'agriculteurs, nous trouvons en droit Romain le contrat de société fréquemment pratiqué. Les textes qui nous restent nous montrent en effet des sociétés très-importantes et d'objet divers, ce sont par exemple des sociétés pour le commerce de terre et de mer¹, pour le commerce de banque², pour le commerce des esclaves³, pour les fournitures à faire aux armées⁴, pour les achats de terrains à bâtir et les entreprises de construction⁵, et surtout les sociétés si importantes des publicains pour la ferme des impôts⁶. Ce sont les principales, car il y a également des sociétés pour les petits intérêts⁷.

Les Romains ont donc pratiqué le contrat de société, ils en ont compris toute l'utilité et toute la puissance. L'histoire économique du peuple Romain, surtout depuis le sixième siècle de Rome, est là d'ailleurs pour montrer la place importante que devait avoir l'association dans

¹ Instit. Liv. III, tit. 25. De societ. pr.

² Ulpien, l. 52, §. 5, D. Pro Socio, l. XVII. tit. 2. Paul l. 27, D. De pactis II, 14.

³ Instit. de Gaius, liv. III, §. 148.

⁴ Ulpien, l. 52, §. 4. D. Pro Socio.

⁵ L. 52, §. 7 et 12. D. Pro Socio.

⁶ Les textes littéraires sont nombreux, des sociétés de publicains existaient au temps de la deuxième guerre punique. V. Maynz, Cours de Droit Romain, t. I, §. 21, note 12.

⁷ Paul l. 71, D. Pro Socio. Cicéron. « Pro Roscio comædo. »

une nation où l'esprit mercantile s'est emparé de tous, où les fortunes privées sont régies par d'étroits et solides principes qui assurent « la stabilité des grandes familles « Romaines semblables à elles-mêmes, durant tout le « long cours des siècles¹. »

En effet, si l'industrie exercée généralement par les esclaves demeure en arrière, « le commerce des Romains « marche complètement de pair avec les progrès de leur « puissance ; il devient grandiose comme elle. — L'es- « prit mercantile s'empare ainsi de la nation et les pra- « tiques de la finance envahissent toutes les formes de « la vie et toutes les sociétés. Il s'ensuit entre autres ré- « sultats importants un développement peu commun de « l'esprit d'association. A Rome il trouve déjà son ali- « ment dans les pratiques suivies par le gouvernement, « qui remet à des intermédiaires la gestion des affaires « financières. Or, la grandeur des intérêts ainsi aban- « donnés, les sûretés que l'État était en droit de vou- « loir conduisaient naturellement à exiger que les « fermes et les fournitures fussent soumissionnées par « des sociétés et non par des capitalistes isolés. Tout le « grand commerce s'organise sur le modèle des entre- « prises. Dans les affaires d'au delà des mers et dans « toutes celles sujettes à de gros risques on vit les socié-

¹ Mommsen. *Römische Geschichte*, L. III, ch. 12. Traduction de M. Alexandre, t. IV, p. 144.

« *tés s'étendre si loin qu'en fait elles suppléaient par*
« *elles-mêmes à l'absence des contrats d'assurance que*
« *l'antiquité n'a pas connus. C'est d'ailleurs un prin-*
« *cipe chez les hommes d'affaire de s'intéresser à la fois*
« *dans de nombreuses spéculations, en ne prenant que*
« *de petites parts dans chacune — ils n'aimaient point*
« *à agir seuls. — Caton le leur conseillait. Pour satis-*
« *faire à ces opérations multiples et compliquées, le né-*
« *gociant Romain y suffisait à force d'ordre, de tra-*
« *vail et d'exactitude et aussi à l'aide de sa bande d'es-*
« *claves et d'affranchis. On vit ainsi les associations*
« *commerciales étendre leur centuple réseau jusque*
« *dans la maison de tous les Romains notables. Polybe*
« *en témoigne, il n'y avait pas à Rome un seul homme*
« *riche qui, publiquement ou en secret, ne fut pas inté-*
« *ressé dans les sociétés fermières de l'État. A plus*
« *forte raison avait-il toujours une forte part de ses*
« *capitaux placée dans les compagnies commerçantes.*
« *C'est à cette cause qu'il faut attribuer la durée des*
« *fortunes Romaines, durée plus étonnante encore que*
« *leur énormité¹.* »

L'importance du contrat de société a donc été très-grande à Rome ; fréquemment pratiqué il a joué un

¹ Mommsen, op. cit. Liv. III, ch. 42, *passim*. Comparer Montesquieu. Esprit des Lois, liv. XXI, ch. 44, 45, 46.

grand rôle dans l'histoire économique du peuple Romain¹.

Selon certains auteurs même cet esprit d'association avait reçu de tels développements que le droit Romain avait déjà dû connaître cette forme de société, dont l'organisation limite le risque de chaque membre associé au montant de sa mise, et permet à chacun d'eux la cessibilité de son droit de participation à la société². L'exemple cité est l'organisation des sociétés de publicains. C'est aller bien loin. Les données incomplètes et incertaines sur lesquelles on bâtit cette théorie ne permettent guère de poser des règles générales à cet égard³. Il faut se garder d'ailleurs de se laisser trop entraîner à chercher des analogies avec l'organisation de nos sociétés modernes⁴.

Il importe en effet de remarquer que le contrat de société, dont nous venons de constater les applications fréquentes, trouvait à Rome des entraves dans la nature même des institutions au milieu desquelles il avait à se développer, et principalement dans l'organisation générale de l'esclavage dans l'antiquité. L'industrie encore

¹ Troplong. Préface du Contrat de Société. Malapert, Histoire du Contrat de Société avant l'invasion des barbares. Revue Critique, 1863, tome 23.

² Becker. Handbuch der Römischen Alterthümer Th. III, p. 217.

³ Worms. Sociétés par actions et opérations de bourse. p. 44.

⁴ Max Cohn, zum Römischen Vereinsrecht p. 157 et 158.

à l'état rudimentaire était aux mains des esclaves, le grand commerce revenait bien aux grandes fortunes, mais le petit commerce était exercé par les esclaves et les affranchis¹. Le maître pouvait par là suffire à de vastes entreprises et c'est ainsi que « les prêteurs et « banquiers avaient sur les points les plus éloignés, où « s'étendaient leurs affaires, des comptoirs et des suc- « cursales dirigés par leurs esclaves et leurs affranchis, « et que le marchand avait sur ses vaisseaux des esclaves et des affranchis auxquels il confiait la conduite « de ses marchandises ; il les préposait de même à ses « opérations de gros et de détail². »

Les Romains pouvaient trouver ainsi des avantages analogues à ceux que procurent de nos jours les sociétés par actions et les sociétés en commandite. Le pécunium, c'est à dire cette somme de biens que le père de famille livre pour les faire valoir, leur permet d'espérer des placements avantageux sans avoir à redouter une perte plus forte que la mise confiée.

A Rome d'ailleurs il manquait d'une manière générale au contrat de société un élément d'organisation, que nous trouvons très développé dans les législations modernes, la personnification sociale. Grâce à cette fiction, nous sommes amenés à considérer d'une manière

¹ Cicéron, *De officiis*, I, 45.

² Mommsen, *loc. cit.* p. 435.

*spéciale les rapports de la société avec les tiers et à établir certaines règles particulières pour faciliter ces rapports. Une société a-t-elle l'avantage de la personnalité, les droits individuels sont, « afin de mieux « faire prospérer les affaires sociales, réunis en un fais-
« ceau et comme soudés les uns aux autres pour un
« temps, placés sous une gestion unique, soustraits à la
« divergence des vues et des destinées individuelles. Le
« droit de chaque associé qui dans une société ordinaire
« est un droit indivis dans chacun des biens composant
« l'avoir social, un droit, variant d'objet à chaque mu-
« tation accomplie dans cet avoir, devient dans une so-
« ciété personnifiée un droit abstrait n'ayant aucun
« bien déterminé pour objet portant in genere sur les
« valeurs que l'administration de la société mettra pé-
« riodiquement en distribution, et sur le fonds social
« in globo avec ses accroissements et ses diminutions, tel
« qu'il résultera des opérations sociales. Le but atteint
« est de faire que la gestion ne soit pas embarrassée
« par les volontés, les incapacités et les destinées di-
« verses des membres de la société, l'avantage obtenu
« sera une puissance plus grande d'entreprise, une
« concentration, une unité de vues plus persistante dans
« la gestion, un essor plus libre et plus favorable à la
« prospérité¹. »*

¹ M. Labbé. *Journal La Loi* du 27 avril 1881 et note dans Sirey,

*A Rome pareille organisation générale pour le contrat de société n'existe pas. La fiction de la personnification sociale se rattache à la théorie plus générale des personnes morales. Or cette théorie ne s'est formée que peu à peu, elle s'est développée lentement. Le caractère particulier de ces personnes fictives c'est la nécessité de créer une représentation qui remédie d'une manière artificielle à leur incapacité d'agir. Or, c'est un des plus anciens principes du droit Romain de ne pas admettre la représentation dans le sens moderne du mot. On n'arriva même pas à une théorie d'ensemble contenant des règles*¹

1881, 2. 249. Comparer Dalloz 1879, 1, 5, note de M. Bendant. M. Lyon-Caen, *Journal La Loi* du 27 avril 1881. Piebourg. De quelques questions sur les personnes civiles, p. 60. Troplong, *Contrat de Société*, n° 70.

Nous n'avons voulu donner de la fiction de la personnalité sociale qu'une idée générale. Nous n'avions pas à résoudre la question de savoir s'il y a en réalité « un être moral distinct des individus qui sont ses membres, ses agents, ses instruments » ou plutôt s'il faut voir, dans la personnification des Sociétés, à la différence des établissements d'utilité publique, ou des corporations autorisées, « une forte concentration de droits individuels juxtaposés sous une administration unitaire. » Actuellement en France le caractère de personne morale est reconnu sans difficulté aux Sociétés de commerce. Il y a controverse pour les Sociétés civiles. La majorité des auteurs et la jurisprudence admettent également la personnalité juridique des Sociétés civiles. Nous aurons à revenir sur cette question.

¹ Savigny. *Traité de Droit Romain*, traduction de M. Guenoux, t. II. p. 324.

générales ; suivant les nécessités, suivant les besoins, les jurisconsultes Romains reconnurent tel ou tel droit. Le principe qui domine et qui a toujours été reconnu d'une manière constante c'est qu'aucune personne morale ne se constitue sans une autorisation législative, il n'y a aucune distinction entre les personnes morales qui regardent un intérêt public ou un intérêt privé¹. Toutes sont placées au même titre sous la prétention et la surveillance de l'État². Nous verrons plus loin que l'application de ces principes fut faite aux sociétés, et qu'en règle générale les sociétés n'ont pas de personnalité. D'après l'opinion commune ce n'est que par exception que l'on a reconnu ce caractère à certaines sociétés comme les sociétés de publicains et les sociétés formées pour l'exploitation des mines d'or et d'argent ou des salines³.

Ces sociétés ont donc eu l'avantage de la personnalité, avantage qui leur a été concédé sans doute en raison des intérêts publics de premier ordre auxquelles elles étaient relatives. Mais c'était là une faveur toute exceptionnelle, il y a intérêt à faire cette constatation qui nous donne la première application de la théorie de la personnification sociale.

¹ Accarias. Précis de Droit Romain. I, n° 185. II, n° 624, L. I, pr. D, Quod cujus univ. III, 4.

² Savigny, p. 319.

³ L. I. D. Quod cujus. univ. III, 4.

Nous pourrions trouver également dans les textes quelques décisions inspirées par l'idée de simplification dans les rapports des associés avec les tiers ; elles ont leur importance en raison de leur caractère plus général, elles sont données en effet pour des sociétés qui concernent, non un intérêt public comme les sociétés de publicains, mais des intérêts privés, on peut y voir les précédents de cette théorie de la personnalité juridique des sociétés, qui a eu son complet développement sous l'influence du mouvement commercial du moyen âge en Italie.

En résumé, le contrat de société a été fréquemment pratiqué dans le droit Romain, mais la nature même des institutions au milieu desquelles il avait à se développer devait apporter des entraves à son extension.

Il nous a paru utile de commencer par établir le rôle général qu'a joué à Rome le contrat de société, avant d'aborder le développement de ce sujet, les rapports de la société avec les tiers, c'est ainsi préciser l'intérêt qui s'y attache. L'intérêt ne s'arrête pas au droit Romain, il ne faut pas oublier en effet que les jurisconsultes Romains ont posé les principes fondamentaux du contrat de société, ce sont ces principes repris par Domat et Pothier que les rédacteurs du Code Civil ont presque fidèlement reproduits. Les controverses relatives à ce sujet

en droit Romain peuvent donc avoir quelque intérêt pour l'interprétation du Code Civil.

Il ne reste plus qu'à indiquer des divisions principales que nous devons suivre dans l'étude de ce sujet. Les questions que nous avons à traiter paraissent devoir se ramener à l'étude de ces deux points : Quel est le caractère juridique du contrat de société à l'égard des tiers. Le terme de société ainsi déterminé, comment se règlent les rapports, le fonctionnement de la société avec les tiers.

C'est là en effet l'ordre que nous allons suivre dans l'exposé des questions relatives à notre sujet.

PREMIÈRE PARTIE

Caractères Juridiques du contrat de Société.

Il est indispensable de commencer par rappeler, sommairement, les notions générales de la théorie des Sociétés en droit Romain, pour bien préciser la place qu'occupe dans cette théorie la question que nous avons à traiter. Ce sera l'objet d'un premier chapitre. Nous en détacherons pour faire l'objet d'un second chapitre, l'étude de la classification des Sociétés au point de vue de la personnalité morale.

CHAPITRE I

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LE CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

Le contrat de Société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent ou s'obligent de mettre en commun quelque chose, pour faire en commun un

profit honnête dont elles s'obligent réciproquement de se rendre compte ¹.

Il fait partie de la catégorie des contrats formés *consensu* ou contrats consensuels, c'est-à-dire qui n'exigent rien en dehors du consentement considéré, ici, comme cause suffisante d'obligation ². Il n'a donc besoin ni de tradition, ni d'écrit, ni de paroles solennelles : il suffit que les parties s'accordent sur les apports à fournir.

Outre cet élément relatif au consentement, il y a deux conditions essentielles propres au contrat de Société.

1° Un apport réciproque, c'est-à-dire, que chaque partie s'engage à mettre quelque chose en commun.

2° Un intérêt commun — chaque partie a en vue le partage de bénéfices au cas où la Société en réaliserait, comme elle s'expose à une perte au cas où la Société serait en perte.

Ce qu'il faut noter, c'est qu'il n'est pas indispensable que le but social à atteindre consiste à réaliser un bénéfice pécuniaire. Cet esprit de spéculation peut parfaitement ne pas exister dans certaines sociétés, il suffit, qu'en contractant, les associés cherchent à attein-

¹ Pothier, Traité du Contrat de Société, n° 1.

² Gaius, C. III, §. 136. L. 4 pr. D. Pro Socio, XVII, 2.

dre un résultat quelconque destiné à devenir commun : par exemple, des dépenses ont été faites par deux propriétaires voisins pour la refection d'un ruisseau commun qui les sépare, deux voisins ont fourni chacun un demi pied de terrain pour bâtir un mur mitoyen destiné à soutenir leurs constructions respectives ¹.

De là peut venir une certaine difficulté pour distinguer, d'une façon suffisamment précise, la Société de l'état d'indivision. C'est ainsi que des textes emploie l'expression de Société pour désigner la simple indivision ². Une chose a été achetée en commun par deux personnes.

Selon Gaius ³, il y a Société — selon Ulpien ⁴, il y a seulement indivision.

La distinction à établir entre la Société et l'indivision est importante, en voici les principaux intérêts.

La Société ne peut se former que par contrat. L'indivision naît ordinairement quasi *ex contractu*, ce n'est qu'exceptionnellement qu'elle naît d'un contrat.

Dans une société à terme fixe un associé ne peut

¹ L. 52, §. 12 et 13. D. Pro Socio. XVII, 2.

² L. 44, §. 3. D. Com. Divid. X, III. L. 4 C. Com. Div. III, 37.

³ L. 2 pr. D. Com. Div. X, III.

⁴ L. 31, D. Pro Socio, XVII, 2.

sans juste motifs se retirer avant l'arrivée du terme ¹. Les communistes au contraire sont libres en principes, sauf convention contraire, de sortir de l'état transitoire d'indivision ².

Un associé ne peut en principe se substituer personne dans la société. Chacun des communistes peut céder à titre onéreux ou gratuit sa place dans la communauté ³.

La Société se dissout en principe par la mort de l'un des associés. L'indivision continue malgré le décès de l'un des communistes.

Ce sont là les principaux intérêts de la distinction.

Les textes nous donnent le moyen de reconnaître s'il y a société ou indivision. Il faut uniquement s'attacher à l'intention qui a présidé à l'opération, il n'y a pas de société, si les parties n'ont pas été déterminées par la vue d'un résultat commun. Ce que l'on peut appeler *l'affectio Societatis*, *l'unus contrahendæ societatis*⁴.

Pour en terminer avec la notion générale du contrat de société, il reste tout particulièrement à signaler

¹ L. 14, L. 16, §. I. D. Pro Socio.

² L. 14, §. 2 et 3. D. Com. Div. X. III.

³ L. 14 §. 3. D. comm. Div.

⁴ LL. 31 à 33 D. et L. 44. Pro Socio.

deux caractères généraux qui le distinguent essentiellement des autres contrats à titre onéreux.

La Société se forme *intuitu personæ*, c'est-à-dire, que chaque associé a en vue les qualités personnelles de ses coassociés. Elle est constituée, moins par l'union des biens, que par l'union des personnes. Cette idée pourra servir à expliquer les principales causes de dissolution du contrat de Société, elle a subsisté jusqu'aux temps modernes et elle se retrouve au Code Civil dans la réglementation des Sociétés civiles.

Le second caractère c'est que la Société implique essentiellement entre les associés un *jus fraternitatis*. Les associés doivent se traiter entre eux comme des frères. C'est un contrat de bonne foi qui implique plus particulièrement encore la confiance. Ce principe a de nombreuses conséquences pratiques. C'est ce caractère dominant qui peut expliquer que les associés ne peuvent être condamnés les uns envers les autres, que chacun jusqu'à concurrence de ses moyens, *quod facere potest*, c'est ce que l'on appelle communément le bénéfice de compétence : la condamnation, résultant de l'action *pro socio*, entraîne l'infamie ; l'infamie a des conséquences civiles et politiques, notamment la perte du *jus honorum*, après pareille condamnation on n'était plus jugé digne d'aspirer aux magistratures et aux dignités Romaines.

La qualité d'associé est considérée comme imposant des obligations, qu'il est impossible de méconnaître sans manquer à un devoir d'honneur.

C'est là une idée toute Romaine, qui crée dans la Société un lien tout à la fois, et d'amitié et d'intérêts, c'est l'antithèse des idées modernes qui cherchent plutôt à voir dans les Sociétés une association de capitaux sans les personnes.

L'action qui dérive du contrat de Société est l'action *pro socio*. La Société est un contrat synallagmatique qui engendre autant d'actions et d'obligations, qu'il y a de parties contractantes, mais comme chacune des parties joue le même rôle, toutes les actions du contrat de Société sont identiques, et reçoivent la même dénomination. Dans le contrat de vente, et dans le contrat de louage, il en est autrement, il y a deux parties dont la condition est différente, chacune est tenue d'une action distincte qui reçoit une dénomination propre.

L'action *pro socio*, appartient à chacun des membres de la Société pour faire exécuter les engagements du contrat, elle a pour but de contraindre un associé de réaliser son apport, de lui faire rendre compte d'obtenir une indemnité pour les pertes causées par la faute d'un associé, d'obtenir la mise en commun d'un bénéfice, la cession d'une créance, le remboursement d'une avance.

Ce n'est pas la seule action que les associés ont à leur disposition, ils ont encore l'action *communi dividundo*, qui est nécessaire toutes les fois que les associés se trouvent dans l'indivision à l'égard d'un ou plusieurs objets, cette action sera le plus souvent exercée après la dissolution de la Société.

Les causes de dissolution du contrat de Société sont nombreuses, l'arrivée du terme fixé par les contractants, la fin de l'opération pour laquelle la Société a été contractée, la perte fortuite du fonds social tout entier. Pour ces causes de dissolution la loi ne fait que sanctionner la volonté des parties et la force même des choses. Les autres causes sont la renonciation de l'une des parties, son décès, sa *capitis deminutio*, et la vente en bloc de ses biens. La loi fait ici l'application de cette idée, que la Société est un contrat formé *intuitu personæ*.

Nous arrivons à la classification des Sociétés : en s'attachant à leur objet même, on distingue les Sociétés à titre universel, et les Sociétés à titre particulier.

Les Sociétés à titre universel comprennent :

1° La Société de tous biens. (*Societas omnium bonorum*), qui a pour objet tous les biens présents et futurs et tous les bénéfices qui peuvent survenir aux associés, même par succession, donation ou legs, ou par l'exercice d'une action pénale.

2° La Société de tous gains, (*societas omnium quæ ea quæstu veniunt*) ; elle a pour objet les revenus seulement des biens qui sont la propriété des associés au jour du contrat, et de ceux acquis postérieurement à titre gratuit. Elle admet en outre les acquisitions faites à titre onéreux, au cours de la Société. Le passif se limite aux dettes qui sont la condition ou la conséquence d'une acquisition dont la Société profite. Lorsque les parties, en contractant une Société, ne se sont pas exprimées sur l'espèce de Société qu'elles voulaient adopter, on présumera qu'il s'agit d'une Société de tous gains. (L. 7, Pro Socio).

Les sociétés à titre particulier comprennent : 1° la Société *unius rei*, elle est formée pour l'accomplissement d'une seule opération, ce sera par exemple l'achat et l'exploitation d'un fonds de terre : 2° la Société *alicujus negotiationis* ; elle est formée pour une série illimitée d'opérations du même genre, elle a pour objet l'exercice en commun d'un commerce déterminé, par exemple, l'achat et la vente des esclaves en général.

A cette énumération des Sociétés, Ulpien ajoute une cinquième Société, la Société *rectigalis*¹, c'est-à-dire la société formée entre les publicains pour le recouvrement des impôts, en réalité, elle rentre dans la catégorie des *societates alicujus negotiationis*. Elle est

¹ L. 5 pr. D. Pro Socio, XVII, 2.

mise à part par Ulpien, sans doute à raison de leur caractère spécial, des particularités qui s'y rattachent, et sur lesquelles nous aurons à donner quelques développements.

Cette classification des Sociétés au point de vue de leur objet, se retrouve encore maintenant dans la réglementation du Code Civil¹.

La grande majorité des interprètes classe les sociétés à un second point de vue, suivant leur caractère, et reconnaît des Sociétés qui sont personnes morales et d'autres Sociétés qui ne le sont pas. C'est là un point très-important sur lequel nous avons à insister un peu longuement. Il touche étroitement à notre sujet. Etablir en effet cette distinction, revient à déterminer le caractère de la Société, dans ses rapports avec les tiers. Ce sont les principes généraux de cette théorie, qui domineront toutes les solutions, qu'il faut admettre dans la matière qui fait l'objet de ce travail.

C'est pour cela, qu'après avoir précisé sa place dans la théorie générale du contrat de Société, nous en faisons l'objet d'un chapitre spécial.

¹ Code Civil, art. 1835.

CHAPITRE II

DE LA PERSONNALITÉ DES SOCIÉTÉS

Sous cette dénomination générale de la Personnalité des Sociétés, nous avons trois questions à examiner, qui feront l'objet de sections différentes.

Section I. — Les Sociétés sont-elles des personnes morales.

Section II. — De la nature des Sociétés qui ne sont pas personnes morales.

Section III. — De la nature des Sociétés qui sont personnes morales.

SECTION I

Les Sociétés sont-elles des personnes morales.

Nous avons déjà dit l'importance de cette question, pour la théorie qui nous occupe. Avant de passer à l'examen des différents systèmes qui ont été proposés, il nous resterait à indiquer dans ces détails, l'intérêt pratique qui existe en droit Romain, à distinguer si

les sociétés sont, ou ne sont pas des personnes morales. Ces détails nous semblent mieux avoir leur place dans les deux sections suivantes, où nous aurons à examiner la nature différente d'une Société suivant qu'elle a ou qu'elle n'a pas la personnalité morale. Nous nous contenterons de donner dès maintenant l'idée générale de cette distinction.

Chercher le caractère juridique de la personnalité morale d'une Société, c'est, en droit Romain, chercher le caractère de toute personne morale. Cette théorie s'est formée lentement et progressivement, dans le dernier état du droit on peut reconnaître dans les textes une quadruple distinction des personnes morales.

1° Les universitates (*collegia, corpora*).

2° Les fondations (*piæ causæ*).

3° Le Fisc.

4° L'hérédité vacante.

C'est dans la première catégorie, dans les *universitates* qu'il faudra ranger les Sociétés, si nous leur reconnaissons le caractère de personnalité juridique.

« Par *universitas*, en effet, on entend une personne juridique dont l'origine résulte d'une réunion de
« personnes naturelles associées en vue d'un seul et
« même but. De ce que l'*universitas* est une personne

« juridique, il s'ensuit que dès qu'elle est constituée le
« sujet des droits et des obligations est l'*unité invisible*
« et nullement les membres de l'universitas, soit isolé-
« ment, soit tous ensemble.

« La chose essentielle, c'est qu'il y ait un sujet ju-
« ridique distinct des membres pris individuellement,
« et qui, constituant le centre du patrimoine de la cor-
« poration, aussi longtemps qu'elle existe, est recon-
« nu et traité comme propriétaire des choses qui ap-
« partiennent à celle-ci, et se produit comme créan-
« cier et comme débiteur dans les rapports qu'elle a
« avec des tiers ¹. »

Appliquant ces notions au contrat de Société nous devons décider que si la Société forme une personne, ce sera l'être juridique collectif qui sera propriétaire, créancier, débiteur, abstraction faite de chacun des membres de l'association. Au contraire, si nous lui refusons ce caractère, les associés seront copropriétaires ; quant aux créances et aux dettes, comme une personne ne peut en représenter une autre dans un contrat, elles reposeront exclusivement sur la tête de celui qui aura figuré au contrat, sauf compte à faire avec les autres associés, qui doivent finalement ou profiter des créances, ou supporter les dettes. En un

¹ Goudsmit. Cours des Pandectes. Traduction de M. Vuylsteke, Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1873. p. 70 et 72.

mot le terme de Société ne signifiera plus que la collection des intérêts communs¹.

Cette distinction indiquée, nous avons à rechercher quel a été le système du droit Romain, les Sociétés dans cette législation formaient-elles des personnes morales.

Sur ce point, il y a trois doctrines. La première soutient que toute Société sans distinction jouit de la personnalité juridique.

Suivant la seconde, les Sociétés en principe ne sont pas des personnes morales, par exception, toutefois certaines sociétés ont été revêtues de la personnalité. Enfin une troisième doctrine récente dénie toute personnalité aux Sociétés, et établit que cette règle n'a pas eu d'exception.

Nous avons à reprendre ces trois systèmes en détail.

Suivant la première doctrine, toute société sans distinction jouit de la personnalité juridique². Cette opinion s'appuie sur plusieurs textes du Digeste. Le premier d'Ulpien, loi 3. § 4, D. *de honor. poss.* XXXVII, I)

¹ M. Accarias. Précis de Droit Romain, I, n° 185, II, n° 624.

² En ce sens. Troplong, Du contrat de Société, nos 59 et suiv. Duvergier Soc. (Droit civil Français t. 20) nos 381 et suiv. C'est à tort que l'on a cité comme ayant eu cette opinion dans l'ancien droit, Cujas et Balde. Consulter à cet égard, M. Malapert. Histoire du Contrat de Société avant l'Invasion des barbares. Revue critique, 1863, t. 23, p. 267 et 268.

déclarant que la *bonorum possessio*, peut être demandée au nom d'une Société. « A municipibus et societatibus et decuriis et corporibus bonorum possessio agnosci potest. »

Les Sociétés sont mises sur la même ligne que les municipes et les décuries, elles sont des personnes morales qui peuvent demander la *bonorum possessio*.

Un autre texte de Florentinus, (loi 22, D. *De fidej.* XLVI, 1), est relatif à la *fidejussio*. « Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fidejussor accipi potest; quia hereditas personæ vice fungitur sicuti, municipium et decuria et societas. » Un tiers peut se porter *fidejusseur* de la société, or, ce texte assimile bien la société au municipe qui, sans contestation, forme une personne morale.

Un autre texte accorde l'action *furti* à une Société. « Si quis..... aut subriperit aut interleverit, Labeo ait furti eum teneri. Idemque scribit et de cæteris rebus publicis de que *societatibus*, » (L. 31, § 1, D. *De furtis* XLVII. 2).

Une loi de Paul fournit enfin un argument d'un autre ordre (Loi. 65, § 14, D. *Pro socio*, XVII, 2). « Si communis pecunia penes aliquem sociorum sit, et alicujus sociorum quid absit, cum eo solo agendum, penes quem ea pecunia sit: qua deducta, de reliquo, quod cuique debeatur, omnes agere possunt. » Il ré-

sulte bien de ce texte que lorsqu'un associé à des droits à faire valoir contre ses coassociés, il doit s'adresser à celui qui est détenteur de la caisse commune. La Société est donc considérée comme une individualité juridique personnifiée dans la caisse commune, tour à tour créancière ou débitrice.

Il est inutile d'insister bien longuement sur un autre argument qui a été présenté par un auteur en faveur de ce système¹, et qui repose sur une confusion. Cet argument se fonde sur la comparaison de l'action *pro socio* avec les actions *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo*. La première, dit-on, est personnelle, les deux autres sont des actions mixtes. La raison de cette différence c'est que « la propriété des choses formant
« l'actif social, n'est pas placée dans les mains des
« associés comme la propriété des objets composant
« une succession ou une communauté l'est dans les
« mains des héritiers ou des communistes. Si chaque
« associé eut été considéré comme personnellement

¹ M. Duvergier n° 381. C'est le seul argument présenté par M. Duvergier en faveur du système que toutes les Sociétés en Droit Romain ont eu la personnalité. L'argument a été réfuté par M. Troplong, partisan de la même doctrine. M. Duvergier ne s'arrête pas aux arguments des textes cités plus haut, la loi ne lui paraît pas suffisamment précise. Les termes de « *personæ vice fungitur* » sont pourtant ceux qu'emploient les jurisconsultes pour désigner les personnes morales.

« propriétaire d'une partie des choses appartenant à
« la société, l'action *pro socio*, ayant pour objet le
« partage, eut été réelle, ou du moins mixte. Si elle
« est personnelle, c'est qu'il y a en dehors des asso-
« ciés un véritable propriétaire de l'actif social, qui ne
« peut être que la Société elle-même, c'est donc recon-
« naître qu'elle est une personne civile. »

Nous pouvons écarter, de suite, cette argumentation qui confond l'action *pro socio*, et l'action *communi dividundo*, nous ne parlons pas de l'action *familiæ erciscundæ*, qui n'a trait qu'aux successions. On laisse entendre, en effet, que le partage d'une Société ne pourrait se faire que par l'action *pro socio*, l'action *communi dividundo*, restant propre à la simple communauté. Or les textes sont explicites, ces deux actions n'ont ni la même cause, ni le même but, et Ulpien au Digeste¹ déclare que l'une n'empêche pas l'autre. L'action *pro socio*, dérive du contrat de Société, et tend à faire exécuter les obligations nées de ce contrat, l'action *communi dividundo*, au contraire, dérive du fait de l'indivision, et a pour but le partage. Cette action sera nécessaire toutes les fois que les associés se trouveront dans l'indivision, à l'égard d'un ou de plusieurs objets, l'action *pro socio* servira lorsque les

¹ Loi 43, D. Pro Socio, xvii, 2.

associés n'auront pas de biens indivis ou auront des obligations étrangères à ces biens¹.

Le dernier argument donné repose donc sur une confusion, qu'il était possible de signaler de suite.

La seconde doctrine très-généralement adoptée établit, qu'en règle générale, les sociétés ne sont pas des personnes juridiques, mais que par exception certaines sociétés sont revêtues de la personnalité.

Nous avons déjà remarqué que la théorie des personnes morales à Rome s'était formée lentement et progressivement « les jurisconsultes Romains avaient un « esprit trop pratique pour poser des règles générales « qui, vu la grande diversité des personnes juridiques, « auraient eu une application fort restreinte² »

Mais il est un principe qui paraît avoir toujours dominé cette matière, c'est que toute personne morale a besoin pour se constituer de l'autorisation du pouvoir. Aucune distinction n'est faite entre les personnes morales relatives à des intérêts publics, et les personnes morales qui ne concernent que des intérêts privés. Cette autorisation variera naturellement suivant les époques. Sous la République ce sera soit une loi, soit un sénatus-consulte, sous l'empire un sénatus-consulte ou une constitution impériale. La personnalité juri-

¹ Accarias, II, n° 629.

² Savigny. Traité de Droit Romain, t. II, p. 319.

dique sera concédée soit par acte général s'appliquant à toutes les corporations d'une espèce déterminée, soit par acte spécial. Le pouvoir supérieur est ici souverainement maître, c'est lui qui crée la personne morale, il est libre à ce moment d'étendre ou de restreindre sa capacité, il la surveille, il peut enfin lui retirer la vie qu'il lui a accordée. En faisant l'application de ces idées générales on a pu très-justement donner de la personne morale cette définition : « un être
« idéal sans existence matérielle, auquel une autorité
« supérieure a reconnu la capacité d'acquérir et la faculté d'avoir un représentant dans l'exercice actif o
« passif de ses droits¹. »

Ces principes doivent donc nous faire décider que les sociétés en principe n'ont pas de personnalité.

Que ce soit bien là la doctrine Romaine, c'est ce que les textes prouvent surabondamment.

Un texte très-explicite de Gaius, (L. I, pr. D. Quod cujusque univ. III. 4.), contient en germe toute la théorie des personnes morales. « Neque societas neque collegium, neque hujusmodi corpus passim omnibus habere conceditur : nam et legibus et senatusconsultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur : paucis admodum in causis concessa sunt hujusmodi corpora : ut ecce vectigalium publico-

¹ Piebourg. De quelques questions sur les personnes civiles, p. 6.

« rum sociis permissum est corpus habere : vel auri-
« fodinarum vel argentifodinarum et salinarum. »

De même la loi 3, § 1. D. de collegiis, XLVII, 22, est non moins formelle pour indiquer l'intervention de l'autorité publique, comme nécessaire pour accorder la personnalité juridique. « In summa autem nisi ex se-
« natusconsulti auctoritate vel Cæsaris, collegium vel
« quodcumque tale corpus coierit, contra senatusconsul-
« tum et mandata et constitutiones collegium celebrat. »
« Ce seront encore d'autres textes, la loi 16 D. de reb. cred. XII-I, les lois 68 p. 74 et 82, D. Pro socio XVII, 2, dont les solutions impliquent que les sociétés n'ont pas de personnalité. Ce sera enfin la loi 13, § 1, D. De præscriptis verbis XIX, 5. « Si tibi arcæ meæ
« dominium dedero ut insula ædificata partem mihi
« reddas, neque emptionem esse quia pretii loco par-
« tem rei meæ recipio, neque mandatum quia non
« est gratuitum, neque societatem, quia *nemo societa-*
« *tem contrahendo rei suæ dominus esse desinit.* »
Je vous ai transféré la propriété d'un terrain qui m'appartient pour y élever une maison et me rétrocéder ensuite une partie du terrain édifié, il n'y a pas là société, dit Julien, parce que « *nemo societatem contra-*
« *hendo rei suæ dominus esse desinit* » ce qui veut dire qu'en contractant une société je ne cesse pas d'être propriétaire de l'objet apporté en société, en ce

sens que je conserve sur cet objet un droit de copropriété. Il y a dans ce texte la preuve que la société ne forme pas un corps moral distinct des associés, et propriétaire de l'actif. S'il y avait personnalité, je cesserais d'être propriétaire et ce serait la société qui acquerrait la propriété.

Je suis copropriétaire, dit Julien, il en résulte que je puis disposer de la chose dans les limites de mon droit de copropriété, c'est ce que disent les textes que nous avons déjà énoncés : « Socius suæ partis tantum alienationem habet » dit la loi 16, D. De reb. cred. XII, I. « Nemo plus parte suâ potest alienare » loi 68. D. *Pro Socio*. Je ne puis aliéner que ma part, parce que je ne suis pas propriétaire exclusif, mais copropriétaire par indivis, je puis l'aliéner parce que je suis bien copropriétaire et qu'il n'y a pas une personne morale, la Société, qui a pris l'actif¹.

¹ L'explication que nous venons de donner de la loi 13, §. 1 Præscr. verbis., est la plus logique et celle qui s'accorde le mieux avec les autres textes. M. Troplong (du Contrat de Société, n° 65) a voulu donner de ce texte une autre interprétation. Il est certain, dit-il, que pendant la Société, il y a communication et aliénation. Res continuo communicantur, dit la loi 1, §. 1. Pro Socio. Cette aliénation n'est pas absolue et à la fin de la Société, chacun retire sa part. C'est ce retrait qui préoccupe Ulpien et lui fait dire que la Société n'entraîne pas une aliénation. Non, ce n'est pas une aliénation absolue comme celle qui engendre la vente non l'associé n'abdique pas sa chose radicalement et à toujours.

Il résulte donc de la théorie des personnes morales, que les sociétés n'ont pas eu à Rome de personnalité juridique.

Mais les textes qui nous ont servi à établir cette doctrine nous indiquent que ce principe a reçu des exceptions : dans des cas fort peu nombreux d'ailleurs nous indique Gaius, (loi 1, D. Quod cujusc. univ. III. 4). « *Paucis admodum in causis concessa sunt hujusmodi corpora.* » Le jurisconsulte cite, comme ayant obtenu la fiction de la personnalité, les sociétés de publicains et les sociétés qui ont pour objet l'exploita-

théorie que dans l'ancien droit Favre résumait ainsi. « *Sic intellige ut qui societatem... contrahit in eam partem dominii transferat non in perpetuum sed quandoque tantum durat societas.* » Rat. ad P. sur la loi 13, § 1. De præs. verb. cité par M. Troplong, p. 83, note 2. Il y a là un argument qui est démenti par les textes. Lorsque la Société est dissoute et qu'il faut liquider les droits respectifs des parts, il est incontestable que pour les apports en propriété la reprise en nature n'est pas admise. Il faudrait pour cela déclarer celui qui a fait cet apport, créancier d'un corps certain. Or, d'après la loi 58 pr. D. Pro Socio, l'un des objets mis en commun venant à périr, fortuitement la perte est supportée non par celui qui l'a apporté, mais par tous les associés. (Accarias, II, n° 629). Il est inutile de faire intervenir la règle, « *Res continuo communicantur* » qui d'après les termes mêmes de la loi 1, §. 1. Pro Socio, ne s'applique qu'aux Sociétés omnium bonorum. La phrase « *nemo societatem contrahendo rei suæ dominus esse desinit* » signifie donc qu'à ma propriété exclusive sur l'objet succède une co-propriété indivise ; il y a aliénation pour la part dont mes associés deviennent avec moi copropriétaires indivis.

tion des mines d'or et d'argent ou des salines. « Ut ecce, vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere : vel aurifodinarum vel argentifodinarum et salinarum. » Ces sociétés concernent des intérêts publics de premier ordre, et en raison même de ce caractère public une faveur plus grande leur a été accordée. D'une manière générale les publicains sont tous ceux qui ont affermé les revenus publics. « Publicani sunt qui publico fruuntur » dit Ulpien¹ : et par « publicum » il faut entendre tout ce dont la République tire du profit ou du revenu, ce que Cicéron appelle « publicum vectigal². » Le mot « vectigal » est opposé à « tributum » qui s'applique à l'impôt direct et désigne tous les autres revenus qui forment à Rome le revenu public, c'est-à-dire les impôts indirects et les produits de domaines ou de certaines entreprises d'utilité publique. C'est ainsi que les publicains exploitaient les mines et les salines appartenant à l'État ou percevaient les droits payés par les particuliers exploitant des propriétés privées, ou bien se portaient adjudicataires de grands travaux publics³.

¹ L. I, §. 1, D. De public. xxxix, 4.

² In Verrem, 46, III, n° 38.

³ M. Maynz, Cours de Droit Romain, I, p. 148. — M. Flach, La table de bronze d'Aljustrel, Étude sur l'administration des mines au 1^{er} siècle de notre ère. — Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, 1878, 3^{me} et 6^{me} livraisons, p. 274 et 648.

On voit l'importance et la puissance de pareilles entreprises auxquelles des sociétés seules pouvaient suffire¹. Sous la République les publicains appartenaient à la classe des chevaliers, les richesses qu'ils acquirent ainsi leur donnèrent une importance qu'atteste Cicéron, et il en fut ainsi jusque dans les premiers temps de l'Empire.

Ce sont ces sociétés importantes de publicains qui sont opposées par Pomponius² aux sociétés ordinaires. Il appelle ces dernières « societates privatae. » Des interprètes ont donné aux premières le terme de « societates publicae. »

L'importance de ces sociétés, les intérêts publics qu'elles concernaient expliquent donc le caractère privilégié dont elles ont été revêtues.

Ces mêmes raisons expliquent aussi les deux dérogations faites en leur faveur au droit commun des sociétés. C'est ainsi qu'en règle générale la société se dissout par la mort de l'un des associés, les sociétés de publicains au contraire subsistent malgré la mort d'un de leurs membres, à moins toutefois que le défunt n'eut été indispensable aux affaires sociales, et cela même en l'absence de toute convention particulière. L'héritier de cet associé, bien qu'il ne soit pas

¹ V. *Suprà*, l'introduction.

² L. 59, pr. D. Pro Socio, xvii, 2.

lui-même associé, bien qu'il soit exclu de l'administration, participe néanmoins aux bénéfices et aux pertes depuis la mort de son auteur.

C'est ainsi encore qu'au moment de la formation de la société *vectigalis* il peut être valablement convenu, qu'à la mort de l'un des associés, son héritier le remplacera complètement, sera entièrement « socius » comme le défunt l'était lui-même. C'est une dérogation à ce principe qu'il faut une convention nouvelle, distincte du contrat de société, pour faire entrer l'héritier à la place de l'associé défunt ; car inconnu il ne pouvait avoir dès l'origine la confiance des parties¹.

En résumé, nous arrivons donc à cette doctrine que les sociétés n'ont pas de personnalité, et que par exception le bénéfice de cette fiction a été accordé à certaines sociétés, telles que celles de publicains et celles qui ont pour objet l'exploitation des mines d'or et d'argent ou des salines².

¹ Deux textes indiquent assez confusément ces deux dérogations les lois 59 pr. et 63, §. 8. D. Pro Socio.

² En ce sens la grande majorité des auteurs. Consulter notamment Savigny, Traité de Droit Romain, trad. Guenoux, t. II, p. 263. Accarias, II, 624. Demangeat, Cours de Droit Romain, t. II, 3^e éd. p. 378, note 1. Maynz, Cours de Droit Romain, II, §. 227. Goudsmit, Cours de Pandectes, p. 90. Malapert. Histoire du Contrat de Société avant l'invasion des barbares. Revue critique, 1863, t. 23, p. 254. Thiry. Les Sociétés civiles constituent-

Il reste dans ce système qui, selon nous, doit prévaloir à répondre aux arguments présentés par le premier système en faveur de l'extension de la personnalité à toutes les sociétés. Sans doute nous trouvons dans les textes que la « *bonorum possessio* » pourra être demandée au nom d'une société qu'un tiers pourra se porter *fidejusseur* d'une société, que l'action *furti* pourra être accordée à une société. Mais quand en sera-t-il ainsi ? les textes cités n'avaient pas pour but de répondre à cette question. Il est évident que les sociétés dont ils parlent sont des personnes morales, ils prouvent simplement qu'il y a des sociétés qui ont la personnalité. Or c'est ce qu'a établi également le deuxième système qui vient d'être exposé.

Ces textes en définitive bien loin de contredire cette dernière doctrine lui fournissent au contraire un supplément de preuve, ils nous montrent des sociétés personnes morales, ils règlent certaines situations qui peuvent se présenter lorsqu'une société a ce caractère, ils confirment pleinement l'existence de l'exception que le texte de Gaius nous a fait établir, c'est à dire de certaines sociétés personnes morales. Il n'est pas inutile de le constater, nous le verrons bientôt.

elles des personnes juridiques distinctes de celles des associés. *Revue critique*, 1854. V. p. 412. Namur, Cours d'Institutes et d'histoire de Droit Romain, II, p. 18. Van Wetter, Cours élémentaire de Droit Romain, II, p. 29.

Il nous reste à examiner le dernier argument présenté par le premier système et tiré de l'interprétation donnée à une loi de Paul, la loi 65, § 14. D. Pro socio.

Un associé qui a des droits à faire valoir doit s'adresser tout d'abord à l'associé détenteur de la caisse commune. C'est la preuve, dit-on, qu'il y a dans la société une individualité juridique distincte des associés et personnifiée dans la caisse commune.

C'est aller bien loin que de faire intervenir l'idée de personnalité morale pour expliquer la décision du texte. Elle n'est nullement nécessaire. Paul suppose simplement que l'un des associés a été chargé de gérer les affaires sociales, il est détenteur de la caisse sociale, il administre les fonds, et il peut en sa qualité de mandataire recevoir et payer pour ses coassociés. Le jurisconsulte décide, et la chose paraît naturelle, que l'associé qui a des droits à faire valoir contre ses coassociés devra les exercer d'abord contre celui chargé de la gestion des affaires sociales et qui a entre les mains la caisse commune¹.

En définitive la doctrine qui dénie en principe aux sociétés la personnalité, et qui ne l'accorde qu'except-

¹ On peut voir dans la décision de cette loi, comme un germe de la théorie de la personnalité civile des Sociétés, telle que la conçoivent les idées modernes.

tionnellement à certaines sociétés, se rattache aux principes généraux de la théorie des personnes morales et s'appuie sur les textes même du Digeste¹.

Un troisième système refuse à toutes les sociétés *sans exception* le bénéfice de la personnalité juridique².

Voici l'argumentation la plus récente qui ait été présentée en faveur de cette doctrine³.

¹ Les partisans du premier système ont surtout traité cette question en vue d'une controverse qui existe encore maintenant sur la personnalité juridique des Sociétés civiles. Voir Thiry, *Revue Critique*, 1854. V. Les Sociétés civiles constituent-elles des personnes morales.

² En ce sens. Molinier, (*Droit comm.* p. 217, note 1). Worms, (*Soc. par. act.* p. 9 et suiv.). Ces deux auteurs énoncent cette doctrine sans la développer. Cohn. (*Maxim.*). *De natura Societatum juris Romani quæ vocantur publicæ. Dissertatio inauguralis.* Berlin, 1870. Putkammer und Mühlbrecht. — Cohn, *Zum Römischen Vereinsrecht* (*Abhandlungen aus der Rechtsgeschichte*), Berlin 1873, Weidmannsche Buchl. VII, Ueber die societates und die collegia der Staatspächter, p. 155 et suiv. — Pour la bibliographie des auteurs allemands sur cette question voir ce dernier opuscule, p. 156, 157, 158. M. Cohn cite notamment Savigny et Puchta comme professant la deuxième doctrine, exposée plus haut, et en sens contraire de l'interprétation admise par Savigny. Weiske (*Erörterungen* III, S. 37). Renaud, (*Lehrbuch des d. Privatrechts*, §. 57, n° 3). Rösler (*Handelsrecht*, 274-300). Voir également dans le sens du système de M. Cohn. Ledru, *Thèse de Doctorat*, 1876.

³ Nous analyserons, pour l'exposé de cette doctrine, le chapitre de l'opuscule déjà cité de M. Cohn. *Zum Römischen Vereinsrecht*, p. 155 et suiv.

La controverse, dit-on, porte sur ce point, les sociétés de publicains forment-elles un « corpus » et par conséquent ont-elles les droits d'une personne juridique, ou bien au contraire n'y a-t-il pas une distinction à faire entre les termes « *societates publicanorum* » et « *corpus publicanorum*. » *Societas* désignant les sociétés formées pour la perception des impôts soumises aux règles générales des sociétés et par conséquent n'ayant pas de personnalité. « *Corpus* » s'appliquant à des corporations religieuses ou de secours mutuels appelées aussi « *sodalitia, collegia* » ; une autorisation de l'autorité était nécessaire pour constituer de pareils collèges, qui formaient des personnes morales, les membres des sociétés vectigaliennes auraient reçu cette autorisation.

Il s'agit surtout, pour résoudre cette question, de l'interprétation à donner au texte de Gaius, la loi 1 pr. D. *Quod cujusc. univ.* III, 4.

Et d'abord que faut-il entendre de ces sociétés dont il est ainsi parlé « *vectigalium publicorum socis permissum est corpus habere, vel aurifodinarum vel argentifodinarum et salinarum.* » Trois explications, dit-on, sont possibles, il peut s'agir :

1° De sociétés pour les fermes des impôts et des douanes (*socii vectigalium publicorum*) et des sociétés pour l'exploitation des mines (*vel aurifodina-*

rum vel argentifodinarum) et des salines (et salinarum) .

2° De sociétés pour la ferme des impôts d'État, (vectigalium publicorum) qui existent soit sur les mines (vel aurifodinarum vel argentifodinarum) soit sur les salines (et salinarum.)

3° De sociétés pour les revenus (vectigalium) que l'État (publicorum) retire de ses mines (vel aurifodinarum vel argentifodinarum) ou de ses salines (et salinarum) c'est à dire de sociétés pour la ferme des mines de l'État et des salines¹.

De ces trois interprétations, que le texte autorise, la dernière devait l'emporter : la deuxième peut être écartée par ce fait qu'on ne peut prouver du temps de Gaius l'existence d'un impôt général sur les mines ou salines, et que plus tard la coutume s'établit de faire prélever cet impôt par des employés impériaux. La première interprétation amènerait à mettre à côté des sociétés, pour la ferme des impôts et des douanes pu-

¹ « Gesellschaften für die Einkünfte (vectigalium), welche dem Staate (publicorum) seine Bergwerke (vel aurifodinarum vel argentifodinarum) oder Salinen (et salinarum) bringen, d. i. Gesellschaften zur Pachtung der Staatsbergwerke und Salinen, » p. 159. — On s'explique difficilement cette troisième interprétation. M. Cohn paraît vouloir s'attacher surtout à exclure les sociétés pour l'exploitation des mines et des salines appartenant à des particuliers.

bliques, les sociétés pour l'exploitation des mines et des salines qui se trouvent entre les mains de particuliers ; sans doute on pourrait comprendre sous ces termes de « societates aurifodinarum argentifodinarum et salinarum » les sociétés pour la ferme des mines et des salines, mais rien ne paraît autoriser l'assimilation aux sociétés « vectigalium publicorum » des sociétés pour l'exploitation des mines et des salines privées.

D'ailleurs si on a le soin de rapprocher des sociétés mentionnées par Gaius les corporations dont il est question plus loin, c'est à dire les corporations de « pistores » et de « navicularii » on serait porté à conclure que Justinien n'a pas rendu dans sa forme intégrale le texte de Gaius, et qu'il en a fait disparaître les dénominations qui n'avaient plus qu'une valeur historique. Les « pistores » et les « navicularii » formaient des corporations importantes à l'époque du droit byzantin. Mais il est probable que leur importance était bien moins grande du temps de Gaius. Justinien a donc dû retenir les noms de ces deux corporations d'une énumération beaucoup plus longue, et avant elles figurent à cause de leur importance les « corpora » formés par les fermiers des domaines de l'État¹.

¹ Nous écartons de l'analyse de cette doctrine ce qui est relatif à l'exploitation des salines en Droit Romain, p. 162 à 167, et qui ne touche directement pas à la controverse qui nous occupe.

La doctrine contraire s'appuie surtout sur l'importance des sociétés de publicains du temps de Cicéron, mais cet état a changé du temps de Gaius. A l'époque de Cicéron ces sociétés réunissaient un grand nombre de personnes et s'étendaient sur des provinces entières, à l'époque de Gaius, il en est autrement on voit même des sociétés de publicains composées de deux membres.

La position sociale des publicains a changé également, ils ne forment plus un ordre respecté et influent, ils sont parfois cités peu favorablement. La législation du temps des empereurs est même dirigée contre eux.

Il est donc dangereux de conclure de la situation des sociétés de publicains, du temps de Cicéron, à une situation également prospère du temps de Gaius.

Les témoignages invoqués ne sont en réalité rien moins que probants. On dit, en effet, que la nature particulière de ces sociétés se révèle déjà dans sa dénomination de « *societas publica* » par opposition aux autres sociétés appelées « *societates privatæ*. » Mais cette dénomination de « *societas publica* » ne vient pas des textes, l'expression seule de « *societates privatæ* » est employée par eux.

On a cru trouver un argument dans la situation de ces sociétés de publicains après la mort de l'un des associés¹. Mais si la société n'en subsiste pas moins, il

¹ Voir *Supra*, p. 35.

ne faudrait pas croire qu'elle pût continuer pendant une longue durée de temps ; au bout du temps de la concession de la ferme, la société prend fin, il n'y a nulle part trace d'une plus longue durée, et rien qui touche à cette question de personnalité morale.

Le véritable appui de la doctrine adverse est le texte de Gaius, cité plus haut, d'après lequel les sociétés de publicains forment des « corpora. »

On peut se demander d'abord comment il se fait que ce terme de « societas » prenne la signification de société qui a besoin d'une permission pour son existence et à la concession de laquelle les droits d'une personne juridique sont attachés. De même qu'il y avait des « collegia » que l'État ne voulait pas tolérer et à qui, par cette raison, il était refusé la personnalité juridique, il y a donc eu d'autres sociétés que l'État ne voulait pas tolérer si les « societates vectigalium publicorum » ont été les seules à obtenir cette concession. Quelles étaient ces sociétés, on n'a pu le dire. Et d'ailleurs pourquoi une concession pour les « societates vectigalium », l'État avait un moyen à sa disposition s'il ne voulait pas les tolérer, c'était de ne pas traiter avec elles.

Ces motifs semblent devoir faire écarter le sens du texte tel qu'il est communément admis. Comment dès lors l'interpréter ?

Nous pourrions nous en rendre compte par le texte grec des Basiliques, qui donne par partie une traduction presque littérale du fragment de Gaius. Dans cette traduction aussi bien que dans les gloses grecques ¹, il est à remarquer que le mot de « *societas* » de Gaius est rendu par le mot *ἐταιρεία* ; « *societas* » avait donc dans Gaius une signification différente de société d'acquisition, car le mot *ἐταιρεία* désigne des associations et réunions politiques en latin « *sodalitium* » le mot *κοινωνία* étant réservé pour les sociétés d'acquisition.

Il résulte de tout ceci que lorsque Gaius parle dans notre texte de « *societas* », il entend par là non une société d'acquisition mais un « *collegium* » ou « *sodalitium*. »

Il est très-vraisemblable qu'il avait employé le terme de « *sodalitium*, » mais Justinien a dû penser que cette expression était en contradiction avec un texte de Marcien, qui figure au Digeste (l. I, pr. XLVII, 22), et qui interdit les « *collegia sodalitia*. » La remarque de Gaius était juste à son époque ; pour mettre les textes en harmonie Justinien remplaça le mot de « *sodalitium* » par « *societas* ». Il faudrait d'ailleurs faire également cette substitution dans d'autres textes où il est question de « *societas*, » terme qu'il faut remplacer

¹ Basil. VIII, 2. Edition Heimbach, t. I, p. 419.

par « *sodalitas* » (l. 3, § 4. De bon possess. l. 22. De fidej. l. 31, § 1. De Furtis.)

Les expressions de « *societas* » et de « *collegium* » sont donc synonymes dans Justinien, il s'agit seulement d'association pour des buts religieux ou sociaux, d'association de secours mutuels.

Enfin des inscriptions nous montrent des « *societates* » de publicains prenant le nom de « *collegia* », elles nous indiquent l'existence d'un « *collegium salinariorum* », constitué par des fermiers des salines, d'un « *collegium aurariorum* » formé par des fermiers de mines d'or¹. Ces « *collegia publicanorum* » paraissent devoir être traités comme les autres « *collegia* ».

Il reste à indiquer comment ces collèges de publicains étaient formés. On peut supposer ou que chaque société forme un « *collegium* » ou que les membres des différentes sociétés de publicains ont formé un « *collegium* » sans rapport avec leur société dont le profit est le but. Cette dernière hypothèse est la plus vraisemblable, en présence de petit nombre de membres de quelques-unes de ces sociétés, le terme de « *socii* » du texte de Gaius désignerait non les membres de la même société, mais les membres de toutes les sociétés de publicains.

En résumé dans cette troisième doctrine les socié-

¹ Cohn, p. 182.

tés n'ont pas de personnalité morale, aucune exception ne paraît avoir été apportée à ce principe. Les associations « vectigalium publicorum » dont parle Gaius ont, non pas un but pécuniaire mais un but religieux ou social, ce sont des associations de secours mutuels et dont l'organisation se rattache aux « collegia ».

Que faut-il penser de cette doctrine? Nous ne croyons pas que toute cette argumentation, quelque ingénieuse qu'elle paraisse, soit de nature à infirmer l'opinion généralement reçue, qui dénie la personnalité juridique aux sociétés, mais qui l'accorde par exception à certaines sociétés.

Reprenons pour cela et dans leur ordre les divers arguments qui ont été présentés.

Nous ne nous arrêterons pas longtemps sur cette question un peu secondaire, de savoir comment il faut entendre cette phrase de Gaius « vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere, vel aurifodinarum vel argentifodinarum et salinarum. » L'interprétation toute naturelle et communément admise décide qu'il s'agit là des sociétés de publicains (sociétés pour les fermes des impôts et des douanes) et des sociétés pour l'exploitation des mines d'or et d'argent ou des salines. Et cette dernière classe de sociétés paraît devoir comprendre les sociétés pour l'exploitation des mines et des salines qui appartiennent à des particu-

liers. Quant aux sociétés pour la ferme des mines et des salines appartenant à l'État, et qui étaient formées ordinairement par les publicains, elles peuvent être rangées indifféremment soit dans la première, soit dans la seconde catégorie de ces sociétés.

Nous ne pouvons insister sur le rapprochement que l'on fait des sociétés mentionnées par Gaius, avec les corporations formées par les « pistores » et les « nauticalarii », ce sont là de simples conjectures ; nous n'avons pas à nous arrêter sur la désignation que l'on a donnée à la « *societas publicanorum* » de « *societas publica*, » il est vrai que cette qualification vient des interprètes. La situation particulière de la société de publicains, après la mort de l'un des associés, s'explique par la faveur dont elle jouissait et les intérêts de premier ordre qu'elle concernait, mais n'a pas de rapport avec l'idée de corporation. A vrai dire ce ne sont pas là des arguments sur lesquels repose vraiment le deuxième système que nous défendons. Son vrai fondement, c'est le texte formel de Gaius, la loi I, pr. D. , III 4. On objecte que le terme de « *societas* » prend alors la signification de société, qui a besoin d'une permission pour son existence et à la concession de laquelle les droits d'une personne juridique sont attachés, et l'on continue en demandant qu'elles étaient ces *societates* que l'État ne voulait pas tolérer. La question ne paraît

pas exactement posée. Gaius ne dit pas qu'il faut une concession spéciale pour que la société existe et obtienne par là les droits d'une personne juridique, qu'il faut que la société soit autorisée pour pouvoir fonctionner. Il semble au contraire que, d'après lui, auront la personnalité juridique les sociétés de publicains et les sociétés pour l'exploitation des mines et des salines qui seront constituées d'après les principes généraux du contrat de société. L'État n'a pas ainsi à autoriser chaque société; nous n'avons donc pas à nous demander quelles sont les sociétés que l'État ne veut pas tolérer, mais bien quelles sont celles qu'il tient en assez grande faveur pour leur accorder le bénéfice de la personnalité morale.

On s'étonne dans le système adverse que le terme de « *societas* » acquiert ainsi une signification spéciale. Mais ce terme a, dans le texte de Gaius, la même signification que le mot de société dans notre terminologie juridique. Société dans notre législation s'applique tout aussi bien à l'association qui est personne morale qu'à celle qui ne l'est pas. Il paraît naturel que le mot de « *societas* » s'applique également à la société qui a la personnalité juridique.

Il paraîtrait bien plus difficile à admettre qu'au lieu de ce sens logique, le mot de « *societas* » même sous Jus-

tinien, fut pris par les rédacteurs du Digeste pour « *sodalitium* ou *collegium*. » Le terme de « *collegia* » figure dans le texte de Gaius, comment expliquer alors que Justinien, remaniant le texte, au lieu de se contenter du seul terme de « *collegium*, » ait pris pour exprimer une même idée, deux expressions différentes dont l'une, le mot « *societas*, » figure dans une exception jusque-là inusitée.

Il vaut donc mieux s'en tenir au sens logique du mot de « *societas*, » et l'entendre comme société de gains, non seulement dans le texte de Gaius mais encore dans les trois autres textes (l. 3, § 4. De bon. possess. l. 22. De fidej. l. 31, § 4, De furtis) qu'il faudrait corriger également si le système contraire était admis¹.

Qu'il y ait eu des « *collegia* » formés par des fermiers des salines ou par des fermiers des mines, les inscriptions nous le montrent; mais que les « *societates* » dont nous nous occupons soient justement ces « *collegia*, » c'est là une simple affirmation. Les membres des « *societates* » personnes morales ont pu former des « *collegia* », soumis à l'application des règles du droit Romain sur tous les « *collegia* » en général; « *societas*

¹ Il est à remarquer que la traduction latine du texte grec des Basiliques rend le terme de « *ἐταιρεία* » par *societas*. Voir l'édition citée par M. Cohn. Bas. VIII, 2, édit. Heimbach, t. I, p. 419.

et collegium » sont deux termes distincts qui s'appliquent à deux associations distinctes la « societas » désignant une société de Gaius, et « collegium » pouvant s'appliquer à une société de secours mutuels.

En résumé le système qui nous paraît préférable décide que les sociétés n'ont pas de personnalité juridique, mais que le bénéfice de cette fiction a été étendu à certaines sociétés concernant des intérêts publics de premier ordre, telles que les sociétés de publicains et les sociétés qui ont pour objet l'exploitation des mines d'or et d'argent et des salines.

SECTION II .

De la nature des Sociétés qui ne sont pas personnes morales.

La Société n'est pas une personne morale, c'est là le principe général, que nous venons de voir. Il en résulte qu'il n'y a pas de sujet juridique distinct des membres de la Société pris individuellement, et qui soit propriétaire, créancier ou débiteur. Le contrat de Société ne produit ses effets qu'entre les parties, il peut y avoir une copropriété entre les associés, les créances et les dettes doivent finalement profiter à tous les associés, ou être supportées par tous, mais elles naissent d'abord en la personne de celui qui aura

figuré au contrat. Vis-à-vis des tiers, la Société n'existe pas, elle n'est pour ainsi dire pas connue d'eux, il n'y a pour eux que des individus.

Il serait dès lors inexact de parler des créances ou des dettes de la Société, puisqu'il n'y a pas dans la Société une personnalité qui ait son patrimoine distinct.

On peut encore employer cette expression de Société, pour la commodité du langage, mais à la condition d'être bien d'accord sur la portée même de ce mot, et de n'entendre ainsi « que la collection des intérêts communs dont une quote part appartient à chaque associé¹. »

Les conséquences de ce principe, sont à indiquer sommairement.

Chacun des associés est copropriétaire du fonds social, il en résultera qu'un associé ne pourra acquérir une servitude prédiale sur un bien faisant partie du fonds social (L. 8, § 1, D. VIII, 1), la maxime « *nemini res sua servit* » s'y opposerait.

La majorité ne suffirait pas pour décider de la disposition d'un bien faisant partie du fonds social ; le veto d'un seul, paralyserait la volonté de tous les autres, il faut le consentement unanime de tous les associés. « *In re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse. Unde manifes-*

¹ Namur, Cours d'Inst. II, p. 18.

tum est prohibendi jus esse ; in re enim pari potiorum causam esse prohibentis constat. » (L. 28. D. *Comm. Divid.* X, 3).

Sous Justinien un des associés peut affranchir un esclave commun, sauf indemnité aux autres (L. 4. C. VII, 7). Tous les coassociés devront être considérés comme étant les patrons de l'affranchi. Par suite, l'affranchi devra toujours obtenir l'autorisation du prêteur pour intenter une action contre l'un des associés.

Il faudrait également décider que l'esclave social étant la propriété de tous les associés, ne pourrait être mis à la torture pour déposer contre l'un d'entre eux.

Aucune difficulté ne se produira pour l'usufruit, les associés peuvent être cousesufruitiers ; pour la possession, les associés peuvent acquérir la possession, l'« animus possidendi » s'examinera en leur personne.

Nous verrons plus loin, avec quelque développement, comment doivent se régler les rapports des associés avec les tiers.

La représentation n'étant pas admise par le droit Romain, la créance stipulée par l'un des associés lui appartient exclusivement à l'égard du débiteur : c'est par l'exercice de l'action « pro socio, » que les coassociés arriveront à s'en faire communiquer le profit. Il en est

de même, pour les dettes, au regard du créancier, elles reposent sur la tête de celui qui les a contractées, celui-ci pour se faire indemniser par ces coassociés pourra recourir à l'action « pro socio. »

Nous allons voir que les solutions sont différentes, quand la Société forme une personne morale.

SECTION III

De la nature des Sociétés qui sont personnes morales.

Nous avons vu que, par exception au principe général, certaines sociétés ont la personnalité morale, ce sont les sociétés de publicains, et celles qui ont pour objet l'exploitation des mines d'or et d'argent, ou des salines.

Que faut-il entendre exactement en droit Romain, par Société personne morale?

On sait la grande extension qu'a prise, dans les législations modernes, la théorie des personnes morales. Sous l'empire des lois actuelles, la personnification a été accordée à toutes les sociétés de commerce, elle est reconnue très généralement aux sociétés civiles qui ont revêtu la forme commerciale, la jurisprudence l'admet en général pour les Sociétés civiles. Les auteurs ont été ainsi amenés à examiner ce qu'il fal-

lait entendre par la personnalité des sociétés en particulier. Une doctrine croit qu'il y a là la création d'un être de raison distinct de chacun des sociétaires, véritable *unité* intellectuelle, individu qui matériellement n'existe pas, et qui pourra avoir ses biens, ses créances, ses dettes. C'est là l'opinion générale¹.

Une autre doctrine pense qu'il y a, dans cette première théorie, une exagération des effets de la personnification, et que la personnification des Société n'est « qu'une forte concentration des droits individuels ; « elle est une fiction de personnalité, elle n'est pas la « création d'un être moral, absolument distinct des individus qui sont ses membres, ses agents, ses instruments. » Il en est autrement pour les établissements d'utilité publique, dans ce cas, la corporation a une existence vraiment indépendante de ceux qui la composent, et un patrimoine tout à fait propre, elle a des droits auxquels aucun individu ne peut prétendre, les membres de cette corporation ne sont pas comme les associés des cointéressés, des coayants droit. « Dans la société la personnification n'anéantit pas les droits individuels des associés ; tout accroissement de l'actif social profite aux associés dont les intérêts ont immédiatement plus de valeur. La société, avec la force

¹ Goudsmit, op. cit. p. 67. M. Lyon-Caen, *Journal La Loi*, n° du 13 janvier 1882.

qu'elle puise dans la personnification, est un moyen d'enrichissement pour les personnes privées, qui en sont membres. » Il y a donc exagération à dire qu'il y a un patrimoine propre distinct des patrimoines personnels des associés¹.

Quelle était, à cet égard, la doctrine du droit Romain ?

Les textes que nous avons rencontrés au cours de la discussion de la controverse de la personnalité morale des Sociétés, doivent faire décider que lorsque une Société forme un « corpus, » il y a dans cette personne morale, comme dans les autres « universitates, » un être abstrait, distinct des personnes des associés, et qui a son patrimoine propre distinct du leur.

C'est ce qui résulte d'une façon péremptoire, du texte de Gaius déjà cité (Loi 1, D. *Quod cujusc.* univ. III, 4), qui contient tous les principes de la théorie des personnes morales en droit Romain. « Neque societas, neque collegium, neque hujusmodi corpus passim omnibus habere conceditur..... § 1. Quibus autem permissum est corpus habere collegii, *societatis*, sive cujusque alterius eorum nomine, proprium est, ad exemplum reipublicæ habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum per quem, tan-

¹ M. Labbé, *journal La Loi* du 27 août 1881 et la note de Sirey 1881, 2, 249.

quam in republica, quod communiter agi fieri que oporteat, agatur, fiat. » Aucune distinction n'est faite entre la société personne morale, et les autres corporations, et le paragraphe 1 dit formellement que lorsque la « *societas* » forme un « *corpus*, » elle a ses biens, sa caisse. C'est une personne juridique, pour réaliser l'idée de cette personne, il faut créer une représentation qui remédie d'une manière artificielle à son incapacité d'agir, mais seulement dans le domaine du droit des biens¹. » Aussi le texte parle-t-il pour le collège comme pour la Société du « *syndicus* » ou de l'« *actor* » qui représentera la personne morale.

La Société, personne morale, est donc une « *universitas*. » Il y a en elle, comme dans les autres « *universitates* » un être abstrait, qui a son patrimoine propre, et qui sera représenté par un « *syndicus* » ou un « *actor*. »

D'autres textes (Loi 3, § 4, De bonor. poss. XXXVII, 1. Loi 22, D. de fidej. XLVI, 1. Loi 31, § 1, D. De furtis XLVII, 2), feront figurer la « *Societas* » personne morale, à côté des municipes, des décuries, et des autres corporations, sans indiquer aucune différence dans la nature juridique de ces différents « *corpora*². »

¹ Savigny, Traité de Droit Romain, t. II, p. 317.

² Goudsmit, op. cit. p. 71, texte et note 3, p. 72, note 1. — Consulter Accarias, I, n° 187.

C'est ce qui peut expliquer l'appellation de Sociétés corporatives, donnée par certains interprètes, à ces Sociétés exceptionnellement personnes morales¹.

Il nous reste à indiquer sommairement les principales conséquences, qu'entraîne la personnalité morale d'une société, c'est-à-dire les conséquences qu'implique une « universitas en général².

C'est l'être juridique qui est propriétaire dans l'universitas», les biens appartiennent à l'« universitas, » et non à chaque membre « universitatis sunt non singulorum. » (Loi 6, § 1, D. De divisione rerum. I, 8).

Il résulte de là qu'un membre de l'« universitas » pourra exercer sur un bien appartenant à celle-ci des droits réels, par exemple, une servitude prédiale sur un fonds social, au profit d'un autre fonds dont il est propriétaire exclusif. Il n'y a pas lieu ici à l'application de la règle, « nemini res sua servit, » car il y a, en fait, deux patrimoines distincts.

On peut concevoir également entre l'« universitas » et ses membres des obligations réciproques, des conventions peuvent intervenir, des procès même peuvent être intentés. (Loi 9, D. Quod cujusc. univ. III, 4).

¹ Goudsmit, p. 72.

² L'individualité juridique par son origine même est étrangère aux droits de famille proprement dits, son domaine se borne exclusivement au droit patrimonial.

Dans « l'universitas » l'unanimité n'est pas nécessaire soit pour décider les questions qui intéressent la Société, soit pour disposer des objets qui dépendent du fonds social, la majorité suffit. « Refertur ad universos quod publice fit per maiorem partem. » (L. 160, § 1, D. De regulis juris, L. 17).

Ce sera également la majorité qui pourra décider de l'affranchissement d'un esclave. L'affranchissement accompli ce sera le « corpus » qui devra être considéré comme étant le patron. C'est ainsi que l'affranchi ne devra pas à chacun des membres du « corpus, » les devoirs dont les affranchis sont ordinairement tenus envers leurs patrons. Un texte (Loi 6, § 1, De div. rer. I, 8), fait une application de cette idée, en déclarant que l'affranchi n'aura pas besoin de l'autorisation du prêteur, pour citer en justice l'un des membres de l'« universitas » qui l'aura affranchi. Ce même texte nous dit que l'esclave d'un « corpus » pourra être mis à la torture, pour être forcé de déposer contre l'un des membres du « corpus. »

Voilà pour ce qui concerne la propriété.

Il se peut qu'un droit d'usufruit appartienne à une « universitas, » le droit repose sur l'être juridique et dans ce cas, suivant Gaius, dure cent ans (L. 56, D. De usuf. VII, 1).

L'ancien droit Romain, n'admettait pas que les per-

sonnes morales pussent acquérir la possession, l' « *animus possidendi* » ne pouvant exister dans un être idéal. Ces difficultés finirent par disparaître, et Ulpien décide que la personne morale, pourra posséder ou usucaper non seulement par l'intermédiaire d'un esclave, mais encore par l'intermédiaire d'une personne libre. (L. 2, D. XLI, 2).

En ce qui concerne les obligations, c'est la personne morale, qui devient créancière ou débitrice. « *Si quid universitati debetur singulis non debetur, nec quod debet universitas singuli debent.* »

L'« *universitas* » pourra ester en justice, tant en demandant, qu'en défendant. Les jugements seront exécutés contre elle par les mêmes voies que contre les particuliers. (Loi. 7, pr. L. 8, D. Quod cujusc. univ. III, 4). Elle figurera en justice par l'intermédiaire d'un « *actor* » ou d'un « *syndicus.* »

En résumé, la personne morale a un patrimoine distinct du patrimoine des membres qui la composent, elle pourra acquérir la propriété, des servitudes réelles, un usufruit, la possession. Elle pourra s'obliger envers d'autres personnes, et d'autres pourront s'obliger envers elle, elle pourra enfin figurer en justice.

En appliquant ces solutions à la Société, quand elle est personne morale, nous arrivons à des résultats différents de ceux que nous avons indiqués plus haut

pour les sociétés ordinaires, qui ne sont pas personnes morales.

La différence de ces résultats, montre l'intérêt qui s'attache à la question de savoir s'il faut reconnaître ou non aux Sociétés la personnalité morale.

DEUXIÈME PARTIE

Des rapports des associés avec les tiers.

Nous avons vu que la société est un contrat qui ne produit ses effets qu'entre les parties, qu'à l'égard des tiers il n'y a pas de société, mais seulement des individus.

Nous avons déjà tiré de cette idée cette conséquence que les droits et les obligations auxquels les affaires sociales donnent naissance, sont à l'égard des tiers, personnels à ceux qui les ont créés, qu'il serait donc inexact de parler des rapports de la société avec les tiers comme créancière ou comme débitrice.

Il nous reste à parler des rapports que la société, considérée alors comme étant *la collection des intérêts communs*, peut avoir avec les tiers, c'est-à-dire des rapports avec les tiers des associés, comme tels, en qualité soit de créanciers; soit de débiteurs.

La logique des idées nous amène ainsi à préciser, et c'est ce qui peut expliquer l'intitulé de cette deuxième partie.

Nous examinerons dans deux chapitres distincts les deux questions suivantes : Des dettes des associés envers les tiers, et des créances des associés envers les tiers.

Il importe de faire, dès maintenant, une remarque générale qui dominera tout développement ultérieur.

Les Romains ont gardé longtemps, comme un principe absolu, cette règle que nul ne peut acquérir par l'intermédiaire d'une personne pleinement indépendante de sa puissance « *per extraneam personam* » ; le vieux système Romain n'admet pas la représentation dans le sens moderne du mot ; un acte juridique fait par une personne ne peut jamais être réputé fait par un autre. Le père de famille peut acquérir d'une manière générale, par les personnes placées sous sa puissance, les fils de famille, les esclaves, mais parce qu'on les considère en tant qu'il s'agit de rendre sa condition meilleure, comme faisant partie pour ainsi dire du père de famille. Ces principes restreints suffirent dans les premiers temps. Plus tard, des besoins nouveaux se manifestèrent, et une réaction s'opéra d'abord, en ce qui concernait l'acquisition des droits réels. Grâce à la règle « *per extraneum possessio acquiri potest*, » la représentation par un tiers dans la prise de possession d'un objet, on arriva à reconnaître que le fait du mandataire ren-

dait le mandant propriétaire, et qu'à l'inverse, en faisant tradition par ordre du mandant, le mandataire pouvait transférer la propriété du mandant.

En ce qui concerne les obligations, la réaction fut plus lente.

Elle commença par l'organisation des actions « exercitoria et institoria » qui permirent aux tiers d'agir directement contre le commettant en raison de certains actes faits par son préposé.

L'action « exercitoria » a lieu lorsqu'une personne ayant préposé son esclave à la conduite d'un navire, un tiers a traité avec l'esclave en sa qualité de « *magister navis* ». L'action « institoria » est donnée lorsqu'une personne ayant préposé son esclave à une exploitation commerciale, un tiers a traité avec cet esclave, en sa qualité de préposé. Le prêteur accorda cette action même lorsque la personne préposée est un homme libre ou l'esclave d'autrui.

Ces deux actions, non seulement ne suppriment pas les actions du droit commun, mais elles s'y ajoutent.

Cette idée fut généralisée, et Papinien accorda aux tiers, devenus créanciers du mandataire, d'exercer contre le mandant l'action utile institoire, « *ad exemplum institoriae actionis.* » Ulpien, allant plus loin, tient comme étant sous entendue la cession des actions ac-

quises par le mandataire contre les tiers, et donne au mandant les actions utiles.

Du principe de la non représentation, il ne reste dans le dernier état du droit, que ceci, les tiers peuvent poursuivre le mandataire par préférence au mandant, et le mandataire peut exercer les actions contre les tiers, tant qu'il n'a pas été prévenu dans l'exercice de ces actions par le mandant.

Il était indispensable de rappeler brièvement la théorie générale de la représentation, dont les principes dominant les rapports des associés avec les tiers.

CHAPITRE I

DES DETTES DES ASSOCIÉS ENVERS LES TIERS

Les associés peuvent s'engager envers les tiers de diverses manières ; diverses hypothèses sont à distinguer. Nous allons les indiquer séparément, et voir quelle est dans chaque cas l'étendue de l'obligation.

I. — Tous les associés ont contracté ensemble, avec des tiers, et se sont obligés envers eux.

Nous n'avons, dans ce cas, qu'à faire l'application des principes généraux en matière d'obligation.

Toute obligation suppose nécessairement un objet et deux personnes déterminées, l'une à qui le droit compète, l'autre qui est tenue de faire une prestation en faveur de la première. Ces personnes sont désignées sous le nom de « creditor » et de « debitor. »

Mais il est possible que, de chaque côté, il y ait plus d'une personne, c'est-à-dire, qu'il y ait plusieurs créanciers, ou plusieurs débiteurs, par rapport à la même prestation, c'est justement là l'hypothèse que nous avons à examiner. En pareil cas, il y a, en réalité, autant d'obligations différentes qu'il y a de créanciers et de débiteurs respectifs, mais quel est le droit de chacun des créanciers, quelle est l'obligation de chacun des débiteurs? Il faudra suivre d'abord la volonté des parties, quand elle aura été exprimée. A défaut de cette expression manifeste de la volonté des parties, dans le doute, on présume que les parts sont égales, qu'il y a autant d'obligations distinctes, que de sujets actifs ou de sujets passifs, l'objet se fractionne par portions égales, entre ces différentes obligations¹.

¹ L. 11, §. 1 et 2. D. de duobus reis stip. XLV. 2. — L. 15, §. 1.

A cette règle deux exceptions sont apportées, lorsqu'il y a indivisibilité de l'objet, et en cas d'obligation corréale ou solidaire.

Dans ces cas, chaque créancier a le droit d'exiger le tout, un seul débiteur a l'obligation de payer le tout, mais la dette une fois payée, l'obligation est éteinte à l'égard de tous¹.

Par application de ces principes à notre matière, nous devons décider que si tous les associés ont contracté ensemble avec des tiers, et se sont obligés envers eux, il y aura autant de dettes que d'associés qui ont promis, chaque associé débiteur ne sera tenu que de sa part, et l'action, née du contrat, sera donnée contre chacun d'eux pour cette part et portion².

Mais quelle est cette part ? est-ce une part virile,

D. De op. lib. XXXVIII, 1. — L. 43, D. De re judicata, XLII, 1. — L. 10, §. 3, D. De appell. XLIX, 1. — L. 37, D. De stip. servorum XLV, 3.

¹ Consulter sur cette théorie Maynz, Cours de Droit Romain, II, §. 486. Demangeat, Des obligations solidaires en Droit Romain, p. 398. — Molitor. Les obligations en Droit Romain, I, n° 12, II, n° 657. L'indivisibilité tient à la nature de l'objet dû. Sur les obligations corréales et solidaires, voir infra p. 72, note 2.

² L. 4, pr. D. De exercit. act. XIV, 1. — L. 44, §. 1. D. De ædil. edict. XXI, 1.

est-ce au contraire une part proportionnelle à l'intérêt que l'associé a dans la société ?

Les avis sont partagés sur cette question, une première opinion fait valoir en faveur de l'attribution de la dette par part virile, qu'il n'y aurait là qu'une application des principes du droit commun que nous venons de rappeler. (L. 43, De rejud. XLII, 1).

La deuxième opinion invoque deux textes pour appuyer l'attribution de la dette par part proportionnelle à la part dans la société. Le jurisconsulte Paul suppose dans le premier texte : (Loi 44 § 1, De œd. ed. XXI, 1), que des marchands d'esclaves associés ont fait une vente. S'il y a lieu aux actions édilitiennes, il donne l'action « ex empto » contre chacun des associés vendeurs proportionnellement à la part et portion de chacun dans la société « actio ex empto cum singulis sit proportione, qua socii fuerint. » Il donne aussi à l'acheteur la faculté d'agir pour le tout contre celui qui a la plus forte part, « æquum enim œdilibus visum est vel in unum ex his, cujus major pars aut nulla parte minor esset, œdilitias actiones competere. » On veut éviter à l'acheteur l'inconvénient d'avoir à plaider contre plusieurs personnes, « ne cogeretur emptor cum multis litigare » et cet avantage lui a été accordé en haine des marchands d'esclaves, de leur avidité, et de leurs tendances à mal faire « nam id

genus hominum ad lucrum potius vel turpiter facien-
dum pronius est. »

Il résulte, dit-on, de ce texte, cette règle générale que la dette se divise par parts proportionnelles aux parts dans la société. C'est par haine des marchands d'esclave qu'une dérogation formelle à cette règle a été faite.

Un second texte d'Ulpien est non moins précis. (Loi 4 pr. De exerc. act. XIV, 1). « Si tamen plures navem per se exerceant, pro proportionibus exercitio-
nis conveniuntur¹. »

Ces raisons pourtant ne nous semblent pas décisives, et la première opinion nous paraîtrait plutôt devoir être acceptée. Pour tenir compte des restrictions qu'imposent les deux textes que nous venons de voir, nous la formulerons ainsi : Si tous les associés ont contracté avec un tiers sans solidarité et se sont obligés envers lui, chacun est obligé pour une part virile quand même les parts dans la société seraient inégales, à moins qu'il ne résulte de la convention ou des circonstances la preuve qu'ils ont entendu s'obliger pour des parts correspondantes aux parts sociales.

Les principes généraux de la théorie des obligations doivent faire décider, nous l'avons vu, qu'en principe chaque associé est obligé pour une part virile, il est

¹ En ce sens Molitor, les Obligations en Droit Romain, II, n° 657.

inutile de revenir sur ce point. Mais l'application de ce principe devra céder d'abord devant la volonté des parties et en outre lorsque les circonstances prouveront qu'elles ont voulu s'obliger pour des portions correspondantes aux parts sociales. Pareille intention se présumera lorsque les associés auront traité avec les tiers qui auront connu l'existence de la société et la part afférente à chaque associé.

C'est ainsi que l'on peut expliquer le texte de Paul déjà cité. (Loi 44, § 1. D. De œdil. act.). Le jurisconsulte en disant : « *Quamvis actio ex empto cum singulis sit pro portione qua socii fuerint* » se place dans l'hypothèse où le tiers a été instruit de la quotité des diverses parts sociales : ce qui doit le démontrer c'est que le texte parle de la faculté de poursuivre celui des associés « *cujus major pars aut nulla parte minor est.* » Le tiers connaît donc les diverses parts sociales.

Il sera possible d'expliquer de même la loi pr. D. De exerc. art.¹.

¹ Maynz, §. 227, note 2. Namur, Cours d'Institutes, II, p. 18. Van Wetter, Cours de Droit Romain, II, §. 237. Consulter Accarias, II, n° 627, p. 503, note 2. Comparer l'article 1863 du Code Civil. « Les associés sont tenus envers le créancier avec lequel ils ont contracté chacun pour une somme et part égales, encore que la part de l'un d'eux dans la Société fut moindre, si l'acte n'a pas spécialement restreint l'obligation de celui-ci sur le pied de cette dernière part. »

Nous trouvons dans un texte du Digeste (loi 37, D. De stip. servorum XLV, 3), une décision analogue à la solution qui vient d'être développée. « Si communis servus ita stipuletur Lucio Titio et Gaio Seio dari spondes ? qui sunt domini illius : pro virilibus partibus eis ex stipulatione debetur ; si vero ita, Dominis meis dare spondes ? pro parte qua domini essent. » Titius et Seius possèdent en commun un esclave, la part de copropriété de chacun est inégale. L'esclave stipule pour Titius et Seius nommément, le bénéfice de la stipulation est acquis à chacun par part virile. Stipule-t-il pour ses maîtres sans autre désignation, ce bénéfice se répartit par part proportionnelle au droit de copropriété de chacun.

Quoi qu'il en soit de cette controverse, lorsque les associés contractent eux-mêmes, ils ne s'obligent pas « in solidum, » c'est le principe qui se dégage nettement des textes cités plus haut, il en est ainsi même pour les associés commerçants. Nous verrons plus loin que lorsque l'obligation, au lieu d'être contractée par les associés en personne, est contractée par un tiers mandataire, il en est autrement lorsqu'il y a lieu d'exercer les actions *exercitoria* et *institoria*. Voici l'explication de cette différence d'après les idées Romaines. L'action « in solidum, » dans ces cas, est donnée contre chacun des associés, parce qu'on trouvait inique

que celui qui avait contracté avec un seul fût forcé de se retrouver en face de plusieurs. Pareil motif n'existe pas lorsque ce sont les associés qui ont contracté eux-mêmes¹.

Le principe est donc que les associés qui contractent ne sont pas tenus « in solidum ».

Cette règle reçoit des exceptions :

1° Lorsque les associés se sont constitués « correi promittendi » (L. 2, D. De duobus reis, XLV, 2).

2° Lorsque les associés sont des « argentarii, » des banquiers. (L. 25, pr. D. De pactis II, 14).

3° Lorsque ce sont des marchands d'esclaves associés qui ont consenti une vente. Les édiles ont accordé la faculté d'intenter les actions édilitiennes « in solidum » contre celui des associés dont la part sociale était plus forte. Nous avons examiné plus haut cette hypothèse. (Loi 44, § 1, D. De œdil. act. XXI, 1²).

¹ Le droit moderne a modifié ces idées. La faveur du commerce, l'intérêt du crédit des commerçants ont fait trouver une garantie plus complète dans la solidarité de plusieurs associés commerçants, et l'on a admis que les associés avaient pouvoir d'obliger toute la Société. « Les commerçants associés, dit Pothier, sont censés être les instituteurs et les préposés les uns des autres pour les affaires de la Société. Or, un instituteur ou préposé, en contractant, oblige solidairement tous ses commettants. » Pothier du Contrat de Société, n° 96. Comparer, art. 22, 24 et 28. C. de Comm. Voir Maynz, §. 227.

² Nous trouvons ici plusieurs hypothèses où les associés sont

II. — Les associés ont traité avec les tiers par l'intermédiaire d'un esclave commun.

Le principe en cette matière c'est que l'esclave oblige les tiers envers son maître, mais n'oblige pas son maître envers les tiers. (L. 43, D. XLIV, 7. L. 133, De reg. jur. L. 17, L. 12, § 1, C. De acq. et omitt. pars. VII, 32).

Cette ancienne règle que Gaius formule ainsi : « *Melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior*

tenus « *in solidum.* » Tous les interprètes s'accordent pour reconnaître que les mêmes principes ne s'appliquent pas à tous les codébiteurs tenus « *in solidum,* » et qu'il faut distinguer d'après les textes de la solidarité corréale ce que l'on pourrait appeler la solidarité simple. Mais il y a divergence sur la manière dont il faut entendre cette distinction. Nous ne pouvons qu'indiquer ici les deux opinions qui ont été présentées. Un système généralement suivi enseigne que la distinction entre la corréalité et la solidarité correspond à la distinction entre les contrats de droit strict et les contrats de bonne foi. — En cas de corréalité la « *litis contestatio* » engagée avec celui qui a été choisi libère les autres, en cas de solidarité simple l'effet extinctif de la « *litis contestatio* » n'est invocable que par le débiteur poursuivi. — C'est là le seul caractère qui sépare la corréalité de la solidarité simple. (Accarias, II, n° 556. Demangeat. Oblig. solid. p. 182 et suiv.). Un autre système n'admet pas que cette distinction n'ait d'autre raison qu'une règle de procédure disparue sous Justinien ; à partir de Justinien, en effet, le créancier qui a pour obligés des *correi promittendi* peut les poursuivre successivement jusqu'à complète satisfaction. Cette division de la solidarité en deux classes tient au fond même du droit. — « Il y a solidarité lorsque la volonté des parties ou du législateur introduit, dans l'obligation contractée par plusieurs,

fieri non potest¹, » fut modifiée peu à peu par la législation prétorienne. Le préteur s'inspira de cette idée que lorsque l'esclave avait traité en vertu d'un ordre exprès ou tacite, général ou particulier du maître, ou bien lorsque le maître à défaut de toute autorisation avait tiré profit de l'acte passé par l'esclave, il y avait lieu de permettre de diriger contre le « dominus » l'action née du contrat, modifiée suivant les circonstances et prenant les dénominations particulières « quod jussu, institoria, exercitoria, tributoria, de peculio ou de in rem verso. »

une modalité d'après laquelle chacun des débiteurs doit la totalité de l'objet d'une dette unique et simple dans sa cause. Il y a obligation dite « in solidum » lorsqu'un dommage a résulté d'une faute ou d'un délit civil commis par plusieurs, la personne lésée a une action en réparation pour le tout contre chacun de ceux qui sont en faute ; la réparation n'est due qu'une fois, le sort de chacun est indépendant du sort des autres. » Même après Justinien l'intérêt de cette distinction se manifestera en cas de mise en demeure de l'un des débiteurs, de reconnaissance interruptive, de prescription émanée de l'un d'entre eux qui produiront effet contre les autres débiteurs, lorsqu'il y a solidarité, effets qu'il ne faudrait pas admettre en cas d'obligation « in solidum. » (M. Labbé, dans Ortolan, Explication des Instituts, III, 12^e édition, 1883. — Liv. III, appendice iv, p. 818 et suiv.).

Il faut appliquer ces principes aux hypothèses indiquées au texte ; dans les deux premiers cas notamment, il y aurait solidarité corréale, dans le troisième cas il n'y aurait que solidarité simple.

² L. 133, D. De reg. juris.

1° Action « quod jussu. » L'esclave doit avoir agi « jussu domini » et le mot de « jussum » comprend ici non seulement l'ordre formel, mais encore la simple permission.

Si l'esclave a contracté par l'ordre d'un seul des associés, l'action « quod jussu » résultant du contrat sera donnée pour le tout contre cet associé seulement. Si tous les associés ont donné l'ordre, l'action sera donnée « in solidum » contre chacun d'eux (L. 5, § 1, D. Quod jussu XV, 4).

2° Action « exercitoria. » Par cette action « l'exercitor, » ou « armateur » est tenu d'exécuter les contrats passés par l'esclave « magister navis. » Si un esclave commun est proposé par les associés à la tête d'un navire, chacun des associés est tenu « in solidum » par l'action « exercitoria. » (L. 1, § 25, L. 4, § 2, De exercit. act. XIV, 1).

3°. Action « institoria. » Cette action est donnée contre le maître pour l'exécution des actes passés par l'esclave « institor, » c'est-à-dire préposé à l'exploitation d'un commerce.

Plusieurs associés ont préposé un esclave à la direction d'un commerce. Julien s'était demandé si l'action « institoria » serait donnée contre chacun des maîtres pour sa part de propriété dans l'esclave, ou par portions égales, ou pour la part et portion de chacun

dans le négoce, ou enfin pour le tout. Julien s'était décidé à accorder l'action « *institoria in solidum* » contre chacun des associés, à l'exemple de l'action « *exercitoria* » et de l'action « *de peculio*. » Ulpien adopte également cette décision. (L. 13, § 2, D. De institor. act. XIV, 3).

4° Action « *tributoria*. » Un esclave a fait le commerce au su de son maître avec des valeurs prises dans son pécule. Les valeurs de ce pécule sont insuffisantes pour satisfaire à tous les engagements contractés par l'esclave. Le maître doit répartir équitablement au marc le franc entre les divers créanciers les valeurs du pécule, il figure lui-même dans cette répartition sans privilège aucun quelle que soit la cause de sa créance. Si les créanciers critiquent cette répartition faite par le maître, le prêteur leur accorde pour faire valoir leurs droits l'action « *tributoria*. » (Inst. § 3, Liv. IV, 7).

Si l'esclave a fait le commerce au su de l'un des associés seulement et à l'insu des autres, l'action « *tributoria* » ne pourra être exercée que contre l'associé qui en avait connaissance, on déduira en entier sur le pécule les créances des autres « *socii*. » (L. 3, pr. D. De tribut. act. XIV, 4).

5° Actions « *de peculio et de in rem verso*. » Justilien présente ces deux actions comme étant une seule

et même action avec deux condamnations. (Inst. § 4, Liv. IV, 7). C'est toujours l'action du contrat qui est donnée, la « *condemnatio* » pourra recevoir suivant les circonstances soit la double modification « de *peculio* et de *in rem verso*, » soit l'une d'elles seulement.

Le prêteur accorde aux tiers contre le maître l'action « de *peculio* » comme sanction des obligations contractées par l'esclave chef de pécule. Elle est donnée jusqu'à concurrence de ce pécule, le maître a le droit de prélever ce qui lui est dû avant tous autres créanciers.

Lorsque l'esclave a traité avec un tiers sans la volonté du maître, le prêteur accorde au tiers l'action « de *in rem verso* » contre le maître, à raison et jusqu'à concurrence de l'enrichissement que celui-ci a retiré du contrat.

Si l'esclave a un pécule chez l'un des associés seulement, c'est contre celui-là seul que l'action « de *peculio* » pourra être intentée.

Il se peut que l'esclave ait un pécule chez chacun de ses maîtres l'action « de *peculio* » pourra être intentée contre chacun d'eux. Pour calculer les forces du pécule, le juge devra non seulement faire figurer les valeurs qui se trouvent entre les mains de l'associé poursuivi, mais encore les valeurs que les autres « *socii* » ont à titre de pécule. (L. 27, § 8, D. De *peculio* XV,

1). Il n'y aura à cela aucun inconvénient puisque celui qui aura subi la condamnation pourra exercer son recours contre ses coassociés par l'action « pro socio » ou l'action « communi dividundo. » (L. 13, § 2, D. De inst. act. XIV, 3).

C'est seulement l'associé qui aura profité de l'affaire qui pourra être condamné « de in rem verso. » C'est l'avis de Julien et d'Ulpien. (L. 13, D. De in rem reus, XV, 3).

Il y a un cas pourtant où Julien décide que la condamnation pourra être encourue même par l'associé qui n'aura pas profité. Voici l'espèce. Un esclave appartient à Primus et à Secundus. Cet esclave contracte une obligation qui donne lieu à l'action de « in rem verso » contre Primus, et il a un pécule chez Secundus ; Secundus pourra être poursuivi par l'action de « peculio. » Si le tiers poursuit Secundus et exerce l'action « de peculio, » le juge devra pour prononcer la condamnation, faire figurer dans les ressources du pécule la créance naturelle de l'esclave contre son maître Primus et qui résulte de « l'in rem versum. » Secundus qui n'a pas profité de l'affaire est donc tenu « de peculio » et par voie de conséquence de tout ce dont Primus a profité.

Secundus aura naturellement son recours contre Primus. Telle est la décision de la loi du 14, D. De in

rem verso xv, 3. Mais pour arriver à ces solutions, il faut corriger le texte et lire au lieu de la phrase : « Quid enim dicemus si peculium servo ab altero ademptum fuerit ? » le texte ainsi modifié : « Quid enim dicemus si peculium servo ab altero ademptum non fuerit ? » En effet Secundus par hypothèse n'a pas profité de l'affaire, il ne peut être obligé de « in rem verso » dit la loi 13. S'il peut être tenu de l'« in rem versum » de Primus, ce n'est que par voie de conséquence de l'action « de peculio, » or il ne peut être soumis à cette dernière action que si le pécule n'a pas été enlevé à l'esclave¹.

Il se peut que plusieurs des actions que nous venons d'énumérer concourent en la personne du même créancier, c'est ainsi que celui qui a vu l'action *quod jussu* ou l'action *exercitoria* ou l'action *institutoria* ou l'action *tributoria* pourra intenter soit l'une de ces actions, soit l'action *de peculio et de in rem verso*². Le principe général c'est que le créancier doit choisir. « Eligere quis debet, quâ actione experiatur, utrum de peculio, an tributoria, cum scit sibi regressum ad aliam non futurum. » (L. 9, § I, D. De trib. act. XIV, 4)

¹ C'est la correction proposée par Cujas, (Tract. ad Afric. ad legem 17, de peculio). Consulter sur ce point Pothier Paud. liv. XV, tit. 3, n° 18, notes 1 et 2.

² Inst. §. 5, liv. IV, tit. 7.

et il sera guidé dans son choix par le désir d'obtenir une condamnation intégrale. En cas de concours de l'action « *tributoria* » et de l'action « *de peculio* »¹, on ne peut dire d'une manière générale celle qu'il est préférable d'intenter. Dans certains cas l'action « *tributoria* » vaudra mieux car elle ne compose aucune préférence pour le maître, dans l'action « *de peculio* » au contraire on déduit d'abord ce qui est dû au maître. Dans d'autres cas au contraire l'action « *de peculio* » sera préférable, parce qu'elle a pour objet tout le pécule, tandis que l'action « *tributoria* » ne porte que sur la part du pécule affectée au commerce. (Inst. § 5, IV, 7.) Le créancier choisira l'une ou l'autre action, selon son intention.

Nous pouvons supposer que c'est un esclave appartenant à autrui qui a contracté avec le tiers, il faudra également décider que l'action « *institoria* » se donnera « *in solidum* » contre chacun des associés. « *Idem erit et si alienus servus communi merci præpositus sit, nam adversus utrumque in solidum actio dari debet.* » (L. 14, D. De inst. act. XIV, 3.) On réserve toujours le recours de l'associé qui a payé contre ses coassociés.

¹ Il peut ne pas être inutile de constater que l'action « *tributoria* » en raison de l'hypothèse spéciale pour laquelle elle a été établie ne peut pas concourir avec l'action « *exercitoria* » ou l'action « *institoria*, » dans ces deux dernières actions le maître est tenu de la totalité de la dette.

III. — C'est un homme libre « sui juris » qui a traité comme mandataire avec le tiers.

Il nous faut reporter aux principes généraux de la théorie du mandat que nous avons rappelés plus haut¹. Le mandataire seul est obligé d'après la rigueur du droit civil. Pour réagir contre ces principes trop absolus le préteur crée l'action « exercitoria ». Cette action répond à une véritable nécessité, les capitaines de navires sont ordinairement des hommes peu solvables quelquefois même des esclaves. S'ils ne pouvaient avoir recours au crédit de leur maître, ils seraient souvent dans l'impossibilité d'obtenir les fonds que la nécessité de la navigation leur rendent indispensables. Les tiers qui traitent avec le « magister navis » ignorent quelle est sa condition, quelles sont ses ressources, le préteur a jugé utile d'accorder une action contre le préposant (Ulpien L. I, pr. D. De exercit. act. XIV, 1.) Il a en outre créé l'action « institoria » qui repose aussi sur les mêmes principes (L. I, De inst. act. XIV, 3).

Ce sont ces motifs tout spéciaux qui vont nous expliquer les règles à suivre lorsqu'il y a plusieurs associés.

Lorsqu'il y a plusieurs « exercitores, » ils sont solidairement responsables. « Si plures navem exerçant cum quolibet eorum in solidum agi potest : » (L. I, §

¹ Suprà, p. 63.

25, D. De exercit. act. XIV, 1.) Le motif de cette disposition exceptionnelle est le même que celui-ci qui a fait créer l'action. Elle a été introduite en faveur des tiers et également des armateurs dont elle assure le crédit. Le tiers qui a contracté n'aurait peut-être pas consenti à traiter s'il avait dû partager son action entre plusieurs personnes qui lui sont inconnues. « Ne in plures adversarios destringatur qui cum uno contraxerit. » (L. 2, D. De exerc. act.) Et c'est si bien là le motif déterminant que les « exercitores » sont tenus chacun en proportion de sa part dans le navire quand ils s'obligent eux-mêmes. « Si tamen plures per se navem exerceant, pro proportionibus exercitoriis conveniuntur¹. »

Les mêmes règles s'appliquent lorsqu'il s'agit de l'action « institoria. » Plusieurs préposants sont tenus

¹ Comparer sur cette question un arrêt de la Cour de Cassation du 27 février 1877, note de M. Lyon-Caen, *Journal du Palais* 1877, p. 524. C. Les principes du Droit Romain sont rappelés dans cette note. « Chez nous il est au contraire bien certain que « si les copropriétaires sont tenus solidairement dans un de ces « cas, ils doivent aussi l'être dans l'autre. On ne conçoit même « nullement dans nos idées modernes comment l'intervention « d'un mandataire peut transformer en obligation solidaire la « dette de personnes qui ne seraient tenues que conjointement, si « elles agissaient elles-mêmes. Tout cela prouve bien qu'en Droit « Romain, c'est par des motifs tout spéciaux et étrangers à notre « droit que la solidarité était admise. »

« in solidum exemplo exercitorum. » (L. 13, § 2, D. De inst. act. XIV, 3.)

Il résulte donc formellement des textes qu'il y a solidarité quand il s'agit pour le tiers d'intenter l'action « exercitoria » ou l'action « institoria ».

Nous avons vu que l'idée de ces deux actions fut généralisée et que Papinien accorde au tiers, créancier de tout mandataire, une action utile contre le mandant.

Que faut-il décider lorsqu'il y a plusieurs mandants, lorsque plusieurs associés ont donné mandat ? Sont-ils responsables « in solidum » ou bien ne sont-ils tenus que « pro parte ? »

Des interprètes de la loi Romaine ont soutenu qu'il y avait solidarité entre plusieurs mandants, et invoquent pour cela l'analogie qui existe avec les actions « institoria » et « exercitoria ».

Il y a là une décision trop générale ; et il nous semble qu'il faut décider que l'action ne sera donnée que « pro parte. » En effet, les motifs tout spéciaux que nous avons indiqués, lorsqu'il s'agit des actions « exercitoria » et « institoria », montrent bien qu'il faut restreindre la solidarité aux cas spéciaux pour lesquels elle a été établie. Il ne faut pas oublier cette règle que la solidarité ne se présume pas, elle n'existe que lorsqu'elle est expressément stipulée. C'est de droit. La loi 4, pr. D. De exerc. act. déjà citée est à cet égard

très-probante. Si plusieurs « exercitores » sont solidairement tenus par suite des actes faits par le « *magister navis* » préposé par eux, ces « exercitores » ne sont tenus que « *pro portionibus exercitionis* », quand ils agissent eux-mêmes.

On invoquerait vainement contre cette doctrine la (loi 44, §, 1. De œdil. act. XXI, 1), que nous avons déjà étudiée, il y a là une décision spéciale établie en haine des marchands d'esclaves « *venaliciarii*, » on ne peut tirer argument de ce que les actions édilitiennes se donnent « *in solidum* » contre celui dont la part sociale est la plus forte.

L'action utile contre les mandants sera donc donnée contre eux « *pro parte.* » Il faut appliquer ici les règles de la cession des actions, ils seront donc tenus en proportion de leurs parts sociales¹.

Il se peut qu'au lieu d'être un mandataire, ce soit un gérant d'affaires « *negotiorum gestor* », qui traite avec le tiers. On a alors à se demander si la gestion d'affaires peut établir des rapports obligatoires entre le maître et les tiers. Les textes ne nous renseignent pas à cet égard. L'analogie entre le mandat et la gestion d'affaires semble devoir faire décider l'affirmative².

¹ En ce sens Maynz, 3^{me} édition, II, §. 312 et les renvois faits aux notes.

² Maynz, §. 359. Comparer, L. 31, pr. D. De negot. gest. III, 5.

Quoiqu'il en soit sur ce point les tiers auront certainement à leur service la « *condictio sine causâ* » dans les cas où il y aura eu enrichissement. (L. 32, D. De rebus credit. xn, 1). C'est cette « *condictio* » que certains interprètes nomment « *condictio iuventiana* » du nom de l'auteur de ce texte Juventius Celsus.

IV. — Un seul des associés ou quelques-uns d'entre eux ont contracté avec le tiers.

Il faut séparer les associés contractants des autres associés. Les premiers seuls sont obligés vis à vis des créanciers, et cela conformément aux règles exposées dans la première hypothèse, c'est-à-dire que s'ils sont plusieurs, ils seront en principe tenus chacun pour une part virile à moins qu'une autre répartition ne résulte, soit de la convention, soit des circonstances. Ce principe reçoit ici les mêmes exceptions qui ont déjà été indiquées et nous ne pouvons qu'y renvoyer.

Les créanciers ont donc action contre les associés qui se sont engagés envers eux et ils pourront poursuivre le paiement de ce qui leur est dû, non seulement sur les biens propres des associés, mais encore sur la part qui leur appartient dans l'actif social. En effet leur débiteur est propriétaire de cette part, il pourrait en disposer. (L. 68, D. Pro socio, XVII. 2.) Rien ne s'oppose à ce qu'il puisse en disposer indirectement en contractant des obligations. D'ailleurs la so-

ciété est « *res inter alios acta* » à l'égard des tiers, les coassociés ne pourraient se plaindre que le contrat de société ne fût pas respecté par les tiers.

Il se peut que l'associé qui contracte avec le tiers agisse en vertu soit d'un mandat spécial soit d'un mandat tacite ou exprès contenu dans le pacte social. Il faut alors appliquer toutes les règles et toutes les décisions qui ont été développées dans l'hypothèse précédente lorsque c'est un homme libre « *sui juris* » qui est mandataire et nous ne pouvons que renvoyer à ces solutions.

Enfin à défaut de mandat il pourra y avoir lieu pour les tiers à une action « *de in rem verso* » contre les autres associés, jusqu'à concurrence du profit qu'ils ont retiré d'une opération faite par un associé contractant. « *Jure societatis per socium ære alieno socius non obligatur nisi in communem arcam pecuniæ versæ sint.* » (L. 82. D. Pro socio, XVII, 2.)

Pour bien comprendre cette idée et ne pas lui donner une importance qui la mettrait en contradiction avec les principes généraux de cette matière, il faut supposer que l'associé emprunteur a agi dans l'intérêt de la société de telle sorte que le prêteur aurait accordé les actions utiles aux tiers contre les associés, si l'associé emprunteur avait agi dans les limites de ses pouvoirs, cela n'a pas eu lieu soit que l'emprunteur n'a-

vait pas pouvoir de contracter, soit qu'il ait agi malgré l'opposition de ses coassociés.

En pareil cas le tiers aura à sa disposition l'action « de in rem verso ¹. »

CHAPITRE II

DES CRÉANCES DES ASSOCIÉS CONTRE LES TIERS

Nous allons examiner successivement les différentes hypothèses qui peuvent se présenter.

I. — Tous les associés ont contracté avec le tiers.

Nous n'avons dans ce cas qu'à appliquer les principes généraux qui ont déjà été rappelés pour l'hypothèse où tous les associés ont contracté ensemble avec les tiers et se sont obligés envers eux. Nous devons donc dire que si tous les associés ont contracté ensemble avec un tiers, tous seront créanciers chacun pour une part virile, à moins qu'une autre répartition

¹ La loi 65, §. 14, Pro Socio au Digeste, statue pour un cas où un associé a été chargé de gérer les affaires sociales (Voir *suprà*, p. 38.) Comparer sur cette organisation générale de l'administration des Sociétés en Droit Romain, Duvergier, *Contrat de Société*, p. 10.

ne résulte de la convention même ou des circonstances.

Quelques auteurs ont soutenu que cette part pour chaque associé était non pas une part virile, mais une part proportionnelle à l'intérêt qu'il avait dans la société. Nous ne pouvons que renvoyer pour la solution de cette question aux développements qui ont été donnés plus haut à cette théorie, lorsqu'il s'agit de tous les associés devenus débiteurs des tiers¹. Les raisons de décider sont les mêmes, nous devons donc maintenir en principe que les associés deviennent créanciers chacun pour une part virile.

Cette règle générale comporte des exceptions, et dans trois cas, des associés deviendront créanciers pour le tout.

1° Lorsque les associés ont été constitués « *correi stipulandi* », c'est-à-dire lorsqu'il y a lieu à corréalité active. (L. 9, pr. D. De pactis II, 14, L. 34, pr. D. De recept. IV, 8.)

2° Lorsque les associés sont des « *argentarii* », c'est-à-dire font partie d'une société qui a pour objet l'exploitation d'une maison de banque. (L. 9, pr. D. De pactis II, 14).

3° Lorsque l'obligation contractée est une obligation indivisible.

¹ Suprà, p. 68 et s.

II. — Les associés ont traité avec le tiers par l'intermédiaire d'un esclave commun.

Si nous supposons une stipulation faite par un « *servus communis* », le principe général c'est que la créance est acquise à tous ses maîtres, et qu'elle se divisera entre eux suivant la quotité de leurs droits respectifs dans la propriété de l'esclave. (L. 5, De stip. serv. XLV. 3. Inst. § 3. Per quas pers. nob. acq. III, 28.) La règle s'appliquera sans difficulté quand l'esclave aura stipulé « *sibi aut impersonaliter*. »

Si le « *servus communis* » a stipulé « *nominatim* » pour tous ses maîtres, on distingue : l'esclave, a-t-il dit : « *Dominis meis dare spondes* » le principe général s'applique, et la créance se fractionne en proportion des droits respectifs des associés sur l'esclave. A-t-il au contraire expressément désigné ses maîtres par leurs noms. « *Lucio Titio et Gaio Scio dari spondes?* » La créance se divise alors par portions viriles.

Si l'esclave a employé cette formule : « *Lucio Titio et Gaio Scio dominis meis dare spondes?* » On s'est demandé si la créance se divisait par portions viriles ou par portions proportionnelles aux droits respectifs des maîtres sur l'esclave. Pomponius décide que la créance se divisera par portions viriles, l'indication des noms des maîtres de l'esclave ayant été faite en premier lui paraît devoir l'emporter, et il donne la

même solution que si ces noms seuls avaient figuré dans la stipulation. (L. 37, D. De stip. serv. XLV, 3).

Par exception pourtant l'esclave commun pourra acquérir exclusivement pour l'un de ses maîtres. Il en sera ainsi :

1° Lorsqu'il y aura convention formelle, c'est-à-dire lorsque l'esclave aura stipulé « *nominatim* » pour un seul. « *Titio domino meo dari spondes.* » (Inst. § 3, L. III, Tit. 28. Gaius C. III, § 167.)

2° Lorsque l'esclave aura stipulé sur l'ordre d'un seul de ces maîtres. (Inst. § 3, III, 28).

Gaius nous rapporte qu'il y avait eu autrefois divergence sur ce point. (C. III, § 167.) Les Proculiens ne tenaient pas compte de l'ordre donné par le maître et décidaient que la créance se fractionnait entre les maîtres, comme s'il n'y avait pas eu de « *jussum* » donné par l'un deux. Les Sabinien au contraire pensaient que l'esclave en ce cas pouvait acquérir pour celui de ses maîtres qui lui avait donné l'ordre. C'est cette décision que consacre Justinien aux Institutes (Inst. § 3, III, 28.)

Justinien au Code résout une autre question qui avait été également débattue. Un esclave agissant par l'ordre de l'un de ses maître déclare expressément dans la stipulation vouloir acquérir pour l'autre. Justinien décide que la stipulation profitera à celui dont le nom

a été mentionné par l'esclave, et non à celui qui a donné l'ordre. (L. 3, Code. Per quas pers. nob. adq. IV, 27).

3^e Lorsque par la force des choses l'acquisition de la chose stipulée ne peut pas profiter à tous. « Quodcumque ad omnes dominos non potest pervenire, id pro solido ad eum, cui adquiri potest, pertinere veteres comprobaverunt. » (L. 12, D. De auct. et cons. tit. XXVI. 8)¹.

Par exemple il s'agit d'une servitude prédiale constituée au profit d'un fonds appartenant tout entier à l'un des maîtres de l'esclave.

En pareils cas la chose stipulée ne peut être acquise que par l'un des maîtres, et c'est à celui-là que la stipulation profitera.

III. — C'est un homme libre « sui juris » qui a traité comme mandataire avec le tiers.

Il faut appliquer ici les règles du mandat, et dire que d'après les principes rigoureux du droit civil le mandataire devient seul créancier, lui seul acquiert l'action née du contrat contre le tiers obligé. (L. 38, § 17 ; L. 126, § 2. De verb. oblig. XLV, 1.) Les associés ont la ressource d'exercer contre lui, l'action « locati » si c'est un mandataire salarié ou l'action « mandati » si c'est un mandataire gratuit, pour le contraindre à céder

¹ Cf. L. 7, §. 1 ; L. 18, §. 1. De stip. serv. XLV, 3.)

la créance dont il est devenu titulaire (L. 1, § 18. D. De exercit. act. XIV. 1).

Ces principes restèrent intacts assez longtemps. Le préteur avait cru utile de venir au secours des tiers qui avaient traité dans certains cas avec un mandataire, il avait dans ce but créé l'action « exercitoria » et l'action « institoria. » Plus tard, par une généralisation de l'idée de ces deux actions, Papinien avait permis aux tiers devenus créanciers de tout mandataire d'exercer contre le mandat une action utile « ad exemplum institoriæ actionis. »

Mais le droit prétorien et Papinien n'allaient pas plus loin. Le préteur n'avait pas cru qu'il y eût lieu de donner une action à « l'exercitor » contre le « magister navis » ou « l'institor. » « Sed ex contrario exercenti navem adversus eos qui cum magistro contraxerunt actio non pollicetur : quia non eodem auxilio indigebat. » (L. 1. § 18, D. De exercit. act. XIV, 1.) « Æquum prætori visum est sicut comoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri. Sed non idem facit circa eum, qui institorem præposuit. » L. 1. pr. De inst. act. XIV, 3.) L'action « exercitoria » avait été créée pour répondre à un ordre d'idées tout particulier ; on voulait seulement que les tiers qui avaient traité avec le « magister navis », dans des cas de nécessité, et qui n'avaient pu s'enquérir

de sa condition eussent un recours contre « l'exercitor » « Utilitatem hujus edicti patere nemo est qui ignoret : nam cum interdum ignari, ejus sint conditionis vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus, æquum fuit, eum, qui magistrum navi imposuit teneri. » (L. 1. pr. D. De exercit. act. XIV, 1.)

Les principes de l'action « institoria » étaient les mêmes.

Papinien également ne reconnaissait pas à tout mandant le droit d'exercer les actions acquises par le mandataire contre les tiers, sans qu'il y ait eu une cession expresse. (L. 49, § 2, D. De acq. vel omitt. pon. XLI, 2.)

Une idée nouvelle finit par réagir contre ces principes. On tient pour sous-entendue une cession d'actions qui ne saurait être refusée : et on trouve au Digeste cette décision que le préposant pourra exercer les actions nées en la personne de « l'institor, » au cas où « l'institor » est insolvable. (L. 1 et 2, D. De instit. act. XIV, 3.) On arrive ainsi à accorder au mandant les actions utiles, « ad exemplum institoriae actionis. » (L. 13, § 25, D. De act. exempl. XIX, 1.), à l'effet d'obtenir directement le bénéfice des actes du mandataire.

De l'ancienne théorie rigoureuse, il en restera en-

core que le mandataire pourra exercer contre les tiers les actions nées en sa personne, tant qu'il n'aura pas été prévenu par le mandant. Ce n'est donc pas encore la théorie de la représentation parfaite d'une personne par une autre.

S'il y a plusieurs associés, l'action utile ne sera pas donnée « in solidum » contre les tiers, mais seulement « pro parte. » La solidarité en effet ne se présume pas et l'attribution à chaque associé se fera en proportion de sa part sociale ; il y a lieu d'appliquer ici les règles qui dominent la cession des actions¹.

IV. — Un seul des associés ou quelques-uns d'entre eux ont contracté avec le tiers.

Les principes généraux doivent nous faire décider qu'il n'y aura de rapport obligatoire avec les tiers qu'à l'égard de ceux qui seront personnellement intervenus dans la convention.

Si ce sont plusieurs associés qui ont contracté, nous ferons une application nouvelle d'une théorie déjà formulée, et nous dirons que ceux qui ont contracté seront créanciers, chacun pour une part virile, à moins qu'une autre répartition ne résulte, soit de la convention, soit des circonstances. Nous décidons ici comme dans la première hypothèse, lorsque ce sont tous les associés qui ont contracté, non seulement pour le prin-

¹ En ce sens Maynz, II, §. 312.

cipe général, mais encore pour les exceptions qu'il comporte.

Les décisions à admettre seront différentes si nous supposons que l'associé qui contracte agit comme mandataire de ses coassociés, et cela en vertu soit d'un mandat special, soit d'un mandat résultant du contrat social. Les associés qui n'ont pas contracté sont dans une situation analogue à celle des mandants. Il suffit de renvoyer aux règles posées à l'hypothèse précédente, lorsque c'est un homme libre « sui juris » qui a contracté comme mandataire avec le tiers. Nous dirons donc que dans le dernier état du droit, les associés non contractants auront contre le tiers les actions utiles en proportion de leurs parts sociales.

DROIT FRANÇAIS

DES SOCIÉTÉS CIVILES A FORMES COMMERCIALES

INTRODUCTION

Le contrat de société a pris, depuis le commencement de ce siècle, une extension toute particulière. Les rédacteurs du Code qui ne pourraient prévoir un développement si rapide et si complet se sont contentés de reproduire les décisions de Pothier qu'ils prenaient pour guide. Le Code Civil contient ainsi, sauf quelques modifications de détail, les principes du Contrat de société, tels que les avaient posés les jurisconsultes romains ; la société par suite est considérée comme existant, moins par l'union des capitaux que par l'union des personnes ; ce qui la caractérise, c'est qu'elle est une association de personnes, fondée sur la confiance réciproque (Art. 1861¹.) Ces mêmes règles régissent les sociétés com-

¹ Duvergier, Contrat de Société, p. 7 à 10.

merciales à défaut de dérogation des lois et usages de commerce (Art. 1873.) La réglementation posée au Code de commerce tient compte des progrès accomplis par la pratique commerciale et dont l'origine se trouve dans les usages commerciaux des villes d'Italie au moyen âge¹.

On sait l'immense développement industriel et commercial qui s'est produit de nos jours, les grands travaux que le concours de capitaux rassemblés, a seul permis d'accomplir, et toutes les entreprises importantes qui se sont ainsi constituées. Le but du commerce étant d'augmenter les bénéfices par l'action combinée des capitaux et de l'industrie, les affaires de commerce devaient devenir l'objet le plus ordinaire du contrat de société. Le législateur s'est tout particulièrement occupé de réglementer les sociétés commerciales. Les diverses lois² qui sont intervenues montrent bien les besoins multiples et nouveaux auxquels la société commerciale avait à satisfaire.

L'Article 19 du Code de commerce distinguait déjà

¹ Frémery. Etudes de droit commercial, p. 12, 17, 36.

² Loi du 17 juillet 1856, qui abroge les art. 51, 63, sur l'arbitrage forcé et qui modifie l'art. 631 du Code de Commerce. Loi du 17 juillet 1856, sur les Sociétés en commandite par actions, abrogée par l'art. 20 de la Loi du 24 juillet 1867. Loi du 30 mai 1857, sur les Sociétés étrangères. Loi du 6 mai 1863, sur les Sociétés à responsabilité limitée, abrogée par l'art. 47 de la loi du 24 juillet 1867. Enfin, Loi du 24 juillet 1867.

trois sortes de sociétés ; la société en nom collectif, la société en commandite et la société anonyme¹. Dans la société en nom collectif, tous les associés sont tenus personnellement et solidairement des dettes sociales ; comme elle est formée « *intuitu personæ*, » les associés ne peuvent pas se substituer des tiers. Dans les sociétés en commandite, il y a deux classes d'associés, les uns, les commandités, sont tenus sous tous leurs biens des dettes sociales, comme les associés en nom collectif ; les autres, les commanditaires, ne sont obligés que jusqu'à la concurrence de leurs apports. Dans la société anonyme, aucun associé n'est engagé personnellement, tous sont seulement tenus jusqu'à concurrence de leurs mises. Jusqu'à la loi du 24 juillet 1867, il fallait l'autorisation du gouvernement pour que pareille société pût s'établir².

« Toutes ces différentes formes de sociétés ont pour but de créer des forces productrices plus considérables que celle des individus par la réunion des capitaux et la centralisation des efforts. Chaque forme répond au de-

¹ Il faut y ajouter la Société en participation, (art. 42 du Code de Commerce).

² Les art. 48 à 54 de la Loi du 24 juillet 1867, parlent des Sociétés à capital variable. Il n'y a pas là une espèce de Société distincte de celles qui viennent d'être énumérées. C'est une modalité qui peut affecter les Sociétés ; toute Société peut être à capital variable. Art. 48 de la Loi.

gré de puissance qu'exige l'entreprise ou à la nature des capitaux qu'on invite à se réunir¹. »

Les sociétés civiles ne sont pas restées étrangères à ce développement de l'esprit d'association ; elles ont pris peu à peu une part plus large au mouvement des affaires et l'on est arrivé à voir des sociétés civiles se livrant à d'immenses spéculations et disposant d'un capital considérable. Pour prendre un développement aussi important, bien loin des prévisions des rédacteurs du Code, il était impossible à de pareilles sociétés de se renfermer dans la réglementation étroite et devenue surannée du Code Civil. La considération des personnes qui domine les dispositions de la Loi devenait impossible pour des opérations qui exigeaient les ressources d'un fort crédit. Il faut, en effet, pour réaliser de grandes entreprises pouvoir compter sur la durée des opérations commencées et sur un crédit qui ne peut s'obtenir, en général, que par les apports d'un grand nombre de personnes. Ces éléments se trouvent d'une façon insuffisante dans les sociétés, telles que le Code Civil les a envisagées². « L'intuitus personæ » fait, qu'en général, elles sont composées d'un petit nombre de personnes, les ressources sociales sont par là même moins

¹ M. Labbé, en note. Sirey, 1868-2-331. J. P. 1868, p. 1227.

² M. Beudant. Revue critique, 1869, t. XXXIV, p. 143. — Pont. Soc. civ. et comm. II, n° 801.

importantes et les causes de dissolution de pareilles sociétés plus nombreuses.

Les sociétés civiles ont été demander le crédit et la puissance d'action qui leur étaient nécessaires à ces formes commerciales qui avaient assuré aux sociétés de commerce les plus larges développements, et elles ont adopté l'une des trois grandes formes de société organisées par le Code de commerce, c'est-à-dire que ces sociétés civiles sont devenues soit société en nom collectif, soit société en commandite, soit société anonyme. C'est ce résultat que l'on exprime ordinairement en disant que ces sociétés sont devenues des sociétés civiles à formes commerciales. Quelle règle faut-il appliquer à ces sociétés, quelle est leur nature? Ce sont les questions que nous avons à examiner et qui vont faire l'objet de ce travail. Aucune loi n'est venue régler cette situation et dans le silence des textes, ces questions ont donné lieu à plus d'une controverse, qui subsiste encore aujourd'hui. A ce sujet d'ailleurs, s'ajoute une autre difficulté; à côté de ces sociétés qui ont revêtu l'une des formes réglementées par le Code de commerce et qui se sont soumises entièrement à toutes les conditions de la loi commerciale, la pratique révèle l'existence de sociétés d'une organisation plus complexe. Ces sociétés « se sont donné des statuts bigarrés où l'élément civil et commercial est

combiné dans une très large mesure avec des clauses qui ne relèvent d'aucune loi et appartiennent sans réserve à la liberté des conventions¹. » Ces sociétés le plus généralement ont divisé leur capital social en actions et les statuts contiennent habituellement une clause limitant la responsabilité des actionnaires au montant de leurs mises. De pareilles sociétés sont-elles valables ? Quelles règles faut-il leur appliquer ? Il y a là une situation indécise que nous aurons à examiner et qui touche parfois à des intérêts considérables. L'intervention du législateur est vraiment indispensable pour mettre fin à toutes ces difficultés.

Cette réglementation réclamée depuis longtemps² avait fait l'objet d'une demande spéciale en 1863 au moment de la discussion de la Loi sur les sociétés à responsabilité limitée. La Commission dans son contre-projet avait déclaré vouloir appliquer la forme nouvelle aux sociétés civiles, comme aux sociétés commerciales, afin de faire cesser toute divergence, « le Conseil d'Etat avait retrans-

¹ Rapport supplémentaire de la Loi du 24 juillet 1867. — Mathieu et Bourguignat, Commentaire de la loi sur les Sociétés, p. 408.

² M. Vincens. (Exposition raisonnée de la Législation commerciale, I, p. 345,) disait déjà en 1821. « Il nous reste à traiter une question importante qu'avant que cet ouvrage paraisse le Gouvernement aura peut-être résolue en proposant une disposition législative. Y a-t-il des Sociétés anonymes qui ne soient pas commerciales. »

ché du contre-projet le mot civiles, pour qu'il demeurât bien entendu que la loi ne peut s'appliquer qu'aux sociétés commerciales¹. » La commission dont l'amendement était ainsi repoussé, exprima le vœu que la législation sur les sociétés civiles fût l'objet d'une révision.

En 1867, une pétition adressée au Sénat, signalait les inconvénients résultant de ce que certaines sociétés divisaient leur capital en actions, sans pourtant se soumettre à toutes les règles de la Loi commerciale ; le rapport présenté par M. le premier Président Devienne² et dont les conclusions furent adoptées par le Sénat, appelait l'attention du gouvernement sur l'état de la législation en ces matières, et renvoyait la pétition au ministre de l'Agriculture, du Commerce et des Travaux publics.

La Commission du Corps Législatif après le dépôt de son rapport dans la séance du 3 mai 1867, sur le projet de loi des sociétés, avait été saisie de plusieurs amendements dont l'un était ainsi conçu :

Article additionnel. « Les dispositions qui précèdent sont applicables aux sociétés civiles, charbonnières ou autres qui se constitueraient dorénavant soit sous la forme de sociétés en commandite par actions, soit sous la forme de sociétés anonymes.

¹ Rapport de M. du Miral. (Duvergier, Lois et Décrets, 1863).

² Moniteur du 8 mai 1867.

Les sociétés civiles actuellement existantes sous l'une ou l'autre de ces formes seront tenues de se conformer aux dites dispositions dans le délai de six mois, à partir de la promulgation de la présente loi, sous peine de tous dommages-intérêts pour les administrateurs ou gérants envers les parties intéressées. » Cet amendement était dû à MM. Seydoux, Jules Brame, Sens, Kolb-Bernard, Aimé Gros, des Rotours, Haentjens et Séneca.

La Commission ne prit pas cet amendement en considération. Bien que les motifs de son refus ne soient pas très clairement exposés, voici les raisons qui paraissent avoir décidé la Commission et que nous empruntons au premier rapport supplémentaire de M. Mathieu, déposé le 21 mai 1867. « Votre Commission a hésité cependant, car si la question était grave et complexe, elle n'était pas nouvelle et l'amendement offrait une occasion de résoudre les problèmes depuis longtemps agités.

« L'amendement proposé n'a pas pour but, il n'aurait pas du moins pour résultat de trancher toutes les questions ; cette disposition, si elle était adoptée, serait d'une part inapplicable à celles des sociétés civiles existantes qui, malgré leur division de leur Capital en actions, n'ont pas la forme ni d'une société en commandite, ni d'une société anonyme. D'autre part, elle laisserait indécise la question de savoir quel serait le caractère de ces sociétés civiles pour leur objet, commerciales par

leur forme, en d'autres termes qui l'emporterait en elles de la forme ou du fond?

« Ce qui l'a déterminée surtout à écarter l'amendement, c'est l'engagement pris au nom du Gouvernement par MM. les Conseillers d'État, de mettre la question à l'étude et de présenter, dans le plus bref délai possible un projet de loi qui réponde aux vœux que nous venons de rappeler, au but que l'amendement se propose et donne satisfaction aux intérêts dont cet amendement est l'expression. »

Cette question fut agitée de nouveau au moment de la discussion de la loi dans la Séance du Corps Législatif du 3 juin 1867¹. Sur l'article 19, M. Javal proposait un amendement décidant qu'une Société civile qui avait prévu dans ses Statuts le cas de transformation, pouvait se transformer en société anonyme. Le rapporteur, M. Mathieu, se contenta de renvoyer aux explications contenues dans le rapport supplémentaire et M. Rouher, qui prit la parole dans la discussion, fit remarquer que les questions relatives aux sociétés civiles n'étaient pas engagées dans le débat, qu'il n'y avait pas lieu de donner une opinion qui pourrait avoir une influence sur la jurisprudence. L'amendement ne fut pas adopté, il fut entendu qu'il reviendrait plus tard devant la Chambre. Au moment de la discussion de l'Article 46, M. Ja-

¹ Moniteur du 4 juin 1867.

val reprit en effet cet amendement, (Séance du Corps Législatif du 7 juin¹.) Ses efforts ne purent aboutir et en présence de la promesse faite par le Gouvernement d'un projet de la loi sur les sociétés civiles, M. Jules Brame retirait l'amendement présenté par lui et ses collègues.

Depuis cette époque la question n'est pas revenue devant le législateur. Toutes ces difficultés pourtant semblent devoir prochainement disparaître. Une commission extra-parlementaire était instituée le 14 février 1882 par le Garde des sceaux pour examiner les modifications qui pourraient être apportées aux dispositions de la loi du 24 juillet 1867. Dans le projet de loi qui a été fait à la suite des travaux de cette commission et qui a été déposé au Sénat, le 6 décembre 1883, un article spécial, l'article 89, sur lequel nous aurons à revenir, met fin à toutes les incertitudes et règle la situation des sociétés civiles par actions². En attendant cette réglementation prochaine nous avons à indiquer les difficultés qui se sont présentées en cette matière, les décisions diverses que la jurisprudence leur a données, les solutions enfin qui nous paraissent devoir être admises. Un ordre logique ne s'impose guère en cette matière qui donne lieu à tant de controverses ; voici l'ordre qui pa-

¹ Moniteur du 8 juin 1867.

² Journal Officiel, n^{os} des 9 et 10 janvier 1884.

rait préférable. Il importe d'abord de préciser ce qu'il faut entendre par sociétés civiles, afin de connaître à quelles sociétés notre théorie peut avoir à s'appliquer. Ce sera l'objet d'un premier chapitre où nous aurons à examiner la division des sociétés en sociétés civiles et commerciales. Nous aurons à rechercher ensuite (Chapitre. II), si les sociétés civiles peuvent adopter les formes commerciales. Le Chapitre III, sera consacré à examiner les règles qui sont applicables, quand des sociétés civiles en fait ont adopté les formes commerciales. Nous aurons dans le Chapitre IV à nous occuper des sociétés civiles qui ont emprunté à la loi civile et à la loi commerciale leurs statuts, sans prendre entièrement la forme commerciale. Le dernier chapitre sera réservé à l'examen des législations étrangères et à l'indication du système introduit par le nouveau projet de loi.

CHAPITRE I

DIVISION DES SOCIÉTÉS EN SOCIÉTÉS CIVILES ET COMMERCIALES

Cette division des sociétés en civiles et commerciales, qui est la distinction essentielle des sociétés au point de vue pratique, présente un intérêt particulier pour la théorie qui nous occupe. Il importe en effet de déterminer à quels caractères nous reconnaitrons ces Sociétés civiles, pour lesquelles s'élèvent les controverses que nous aurons à examiner ; dans l'examen même de ces difficultés il ne sera pas inutile de rappeler les principes de cette distinction.

Il suffira d'ailleurs d'indiquer sommairement les principes qui peuvent servir de « criterium » et les applications principales qui en ont été faites.

D'une manière générale, on peut dire qu'il y a le même intérêt à distinguer les sociétés civiles et commerciales qu'à distinguer les individus commerçants

des non commerçants. Cet intérêt se manifestera particulièrement aux points de vue suivants.

1° Les sociétés commerciales sont seules soumises à l'obligation de tenir des livres. Il ne saurait être question de cette même prescription pour les sociétés civiles.

2° Les sociétés commerciales peuvent seules être déclarées en faillite ; la faillite dans notre législation ne s'appliquant qu'aux commerçants. (Art. 437 du Code de Commerce). La loi n'a organisé aucun système d'ensemble protecteur des droits des tiers, lorsqu'un individu non commerçant se trouve dans l'impossibilité de satisfaire à ses engagements ; il y a là seulement un état qu'on appelle déconfiture.

3° Les contestations entre associés sont de la compétence des tribunaux civils, si la société est civile ; de la compétence des tribunaux de commerce, si la société est commerciale.

4° Les sociétés de commerce sont soumises à des règles spéciales de publicité. (Art. 55 et de la loi du 24 juillet 1867).

5° En cas de dissolution d'une société civile, les actions des créanciers sociaux contre les associés sont soumises à la prescription ordinaire de 30 ans. Dans les sociétés de commerce, parfois, il y a lieu à une

prescription de cinq ans. (Art. 64, du Code de Commerce).

6° Les sociétés commerciales ont la personnalité morale. Il y a controverse pour les sociétés civiles et la doctrine et la jurisprudence sont à cet égard depuis longtemps très divisées.

Les anciens auteurs qui se sont occupés du contrat de société, n'ont pas donné à cette distinction toute l'importance qui lui convenait.

C'est ainsi que Pothier¹, ne traite des sociétés commerciales qu'accessoirement et à propos de la division des sociétés, en sociétés universelles et particulières. Le Code Civil a suivi les errements de Pothier dont il reproduit presque textuellement les décisions. Le Code Civil s'attache comme lui à la classification des sociétés, suivant l'étendue des ressources sociales, c'est-à-dire suivant la quotité des biens mis en société, et distingue les sociétés universelles et les sociétés particulières, (C. C. Art. 1835), toutes les sociétés commerciales ayant ce dernier caractère².

Cette observation historique peut nous expliquer pourquoi la loi ne nous donne pas le « criterium » de cette division des sociétés, en sociétés civiles et com-

¹ Pothier, Traité du contrat de Société, nos 56 et suiv.

² Sur les critiques faites à cette division, Voir Pont. Soc. civ. nos 161 et 162.

merciales qui a pris, depuis la rédaction du Code, une si grande importance.

On admet aujourd'hui sans difficulté que c'est à l'objet, au but de la société, qu'il faut s'attacher pour classer la société. D'après l'article 1^{er} du Code de Commerce, « sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle. » Il est logique de suivre cette même règle pour les sociétés. Sera commerciale, l'association qui a pour objet l'exercice habituel des actes de commerce. L'individu devient commerçant en faisant sa profession habituelle de certains actes déterminés par la loi actes de commerce : la société sera commerciale en ayant pour objet l'exercice habituel de ces mêmes actes. Les articles 632 et 633 du Code de Commerce indiquent ce que la loi entend par actes de commerce¹.

Cette doctrine aujourd'hui bien établie peut d'ailleurs trouver son fondement dans l'ancien droit. Pothier, en effet², sans donner une définition générale de la société de commerce relève dans la définition de

¹ Paris, 15 février, 17 et 29 août 1868. S. 1868, 2, 329. J. P. 1868, p. 1223 avec une note de M. Labbé. Ch. civ. rej. 3 février 1869. S. 1869, 1, 217. Ch. civ. 21 juillet 1873. D. 1874, 1, 127. Comparer art. 1^{er} Loi belge, 18 mai 1873 sur les Sociétés.

² Pothier, Cont. de Soc. nos 57 et 60.

chaque espèce de société commerciale ce caractère, qu'elle est contractée pour faire un certain commerce. Toutes les définitions qu'il donne montrent bien que c'est à l'objet de la société qu'il faut s'attacher pour déterminer son caractère.

La société commerciale étant en définitive celle qui a pour objet les actes réputés commerciaux par les articles 632 et 633 du Code de Commerce, la question se ramène à ceci : établir d'une manière exacte les opérations auxquelles veut se livrer la société, examiner si ces opérations rentrent dans les termes des articles 632 et 633 du Code de Commerce et déterminer ainsi, en remontant de ces faits à la société, le caractère qui lui convient, c'est aboutir, en réalité, à l'étude de ces deux articles du Code de Commerce¹ :

Nous n'avons donc qu'à renvoyer au commentaire de ces deux articles.

Voici, dans quelques cas spéciaux, les applications qui ont été faites de ces principes.

D'après l'article 632 : « La loi répute acte de commerce, tout achat de denrées et marchandises pour les revendre soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en œuvre ; ou même pour en louer simplement l'usage. »

¹ La loi belge du 15 déc. 1872 a refondu ces deux articles 632 et 633, (Annuaire de leg. étr. 1873, nos 405 et suiv.

Les mots denrées et marchandises qui ont un sens très étendu comprennent-ils les meubles comme les immeubles ? Les spéculations fréquentes qui ont lieu de nos jours sur la vente et la revente des terrains donnent un grand intérêt pratique à cette question. L'opinion dominante en doctrine tient que les immeubles ne doivent pas être considérés comme rentrant dans les termes de l'article 632 ; par suite, l'achat d'immeubles pour les revendre soit tels quels, soit par lots, soit après une appropriation, ne constitue pas un acte de commerce, il faut en conclure que les sociétés qui ont pour but de faire de pareilles opérations sont des sociétés civiles¹.

¹ En ce sens, Lyon-Caen et Renault, Précis de droit commercial, nos 73 et 74. Pont. soc. civ. n° 106. Labbé, dans Sirey, 1868, 2, 329 et J. P. 1868 p. 1224 à la note et les auteurs cités par M. Pont, p. 73, note 3. Contrà. M. Garsonnet, Revue critique 1869, II, 325. Ruben de Couder, v° Acte de commerce, Dict. de dr. comm. n° 91. Em. Ollivier, Rev. pr. I, p. 241 et suiv. La jurisprudence est en général dans le sens de l'opinion indiquée au texte. Voir notamment Paris, 15 février, 17-29 août 1868. S. 1868, 2, 329. J. P. 1868, p. 1223 qui renvoie à la jurisprudence antérieure, et les arrêts cités par M. Pont, soc. civ. I, p. 75, note 2. En sens contraire, Aix, 5 août 1868. S. 1868, 2, 234. J. P. 1868, p. 1233. Cass. req. 20 avril 1868 et Cass. civ. 3 février 1869. S. 1869, 1, 217. — Trib. de comm. de la Seine, 30 nov. 1883. France judiciaire du 16 février 1884. Les Codes étrangers récents ont maintenu la doctrine du Code V. M. Beslay, comm. Code comm. I, n° 107 à la note.

Des arrêts ont reconnu le caractère commercial dans l'habitude

C'est l'intention de réaliser des bénéfices par la revente que le législateur a eu en vue, pour déterminer la commercialité d'un acte. Nous en concluons que les sociétés coopératives de consommation qui achètent des denrées pour les revendre à bon marché aux associés ne font pas acte de commerce¹. L'article 638, 1^o du Code de Commerce donne une application de cette même idée ; l'exploitation d'un fonds par son propriétaire ne constitue pas un acte de commerce ; le législateur soustrait ainsi à la commercialité l'industrie agricole. Il en résulte que ne sont pas commerciaux les actes de ceux qui se bornent à mettre en valeur les produits du sol. Ainsi, ne seront pas commerciales :

Les sociétés qui ont pour objet l'exploitation d'une mine concédée. (Art. 32 de la loi du 21 avril 1810). Ces sociétés sont très importantes, et touchent à des intérêts parfois considérables².

d'acheter et de vendre des immeubles. Beslay, Comm. du Code de com. n^o 107, notamment Paris, 24 mai 1864, D. 1864, 2, 216. Il est difficile d'admettre cette idée, on ne voit pas pourquoi la réunion de plusieurs actes changerait la nature de l'un de ces actes pris en particulier.

¹ Bourges, 19 janvier 1869 (D. 69, 2, 133 ; S. 69, 2, 323 ; J. P. 1869, 1211). Lyon-Caen et Renault, p. 277, note 2.

² Consulter, pour le maintien du caractère civil de l'exploitation des mines, le rapport de M. Devienne fait au Sénat, (Moniteur du 8 mai 1867). Voir sur ce point les décisions de la jurispru-

Les sociétés qui ont acquis de l'Etat le droit d'exploiter des sources d'eaux minérales et des établissements thermaux¹.

Il faut également décider, par application de ces mêmes idées, que la société qui a pour objet l'exercice d'une profession ne sera commerciale qu'autant que la profession aura un caractère commercial ; c'est ainsi que l'on déclarera civile une société formée pour la direction d'une maison d'éducation ; les fournitures diverses faites aux élèves étant seulement un accessoire de l'entreprise².

L'article 633 parle d'entreprises de construction pour la navigation, qu'il répute actes de commerce, faut-il étendre cette disposition aux constructions terrestres, aux entreprises d'autres travaux ? Voici les solutions qu'admet le plus généralement la jurisprudence. Si la société opère sur des matériaux qui lui ont été livrés, s'il ne fournit que son industrie, l'entreprise devra être considérée comme étrangère au commerce. Cette solution doit être acceptée en raison

dence dans Delecroix. Soc. de mines, nos 172, 178 et 179, et Cass. 28 janvier 1884. D. 84, 1, 145.

¹ Metz, 16 mars 1865. D. 65, 2, 65. Montpellier, 28 août 1874. S. 74, 2, 299.

² Lyon-Caen et Renault, §. 80 et 81. Pont, I, n° 114. Loqué, Esprit du Code de Com. VIII, 300. Paris, 23 juillet 1852. D. 54, 2, 102. Ch. req. 21 mars 1864. D. 1864, I, 252.

d'observations précises faites au cours des travaux préparatoires¹. Si la société fournit les matériaux, il faut reconnaître à l'entreprise, dans son ensemble, le caractère commercial. L'hypothèse rentre en effet dans l'entreprise de fournitures. Que faut-il décider pour les compagnies d'Assurances. L'article 633 déclare pour le contrat d'assurance maritime qu'il y a là un acte de commerce. Il faut distinguer : 1° les assurances à primes. Une personne, l'assureur, s'oblige envers une autre, l'assuré, moyennant un prix convenu, la prime, à réparer les dommages éprouvés par des objets à la suite de risques prévus. La pratique admet sans difficulté que les compagnies d'Assurances à primes sont des sociétés commerciales ;

2° Les assurances mutuelles : plusieurs personnes s'engagent à répartir entre elles certains dommages qui pourraient atteindre l'une d'elles. Cette convention n'est pas commerciale, il n'y a pas là d'esprit de spéculation, à la différence du cas précédent, où la spéculation imprime au contrat le caractère commercial².

Il peut arriver qu'une société se livre à des opérations de diverses natures, les unes civiles, les autres

¹ Observations de la Cour d'Orléans. Loqué, esprit du Code de com. VIII, 292. Pont, I, n° 116.

² Lyon-Caen et Renault, n° 116, p. 61, note 2. Pont, n° 108.

commerciales. Comment préciser, dans ce cas, le caractère de la société ? Il faudra rechercher quelles sont les opérations qui forme l'objet principal et dominant, et elles seules détermineront la nature de la société¹. Il y a là une question de fait qui relève de l'appréciation des Tribunaux.

Ainsi une société qui a pour objet l'exploitation d'une mine, et nous l'avons vu, une société civile ; le caractère civil a été maintenu à une société de ce genre bien qu'elle s'occupât du traitement des minerais, cette exploitation étant considérée comme un accessoire.

La société qui a acquis de l'État le droit d'exploiter des sources d'eaux minérales et des établissements thermaux est une société civile. Si cette société se livre à une exploitation d'hôtels dans le même pays, il a été admis que cette exploitation n'était qu'un accessoire et que la société ne restait pas moins une société civile².

Reste une dernière question à résoudre. Les parties peuvent-elles, par la qualification donnée à l'acte social, modifier le caractère qui résulte pour la société

¹ Lyon-Caen et Renault, n° 277, note 3. Delecroix, n° 189. Paris, 1^{er} avril 1876. (Le Droit du 3 sept. et 21 août 1877 ; le Droit du 27 nov.). Cass. 1^{er} juillet 1878, 1, 414. Lyon, 13 février 1878, S. 1878, II, 325.

² Metz, 16 mars 1865, (Cie des eaux de Plombières). D. 1865, 2, 65. Montpellier, 28 août 1874, 2, 299.

de la nature de ses opérations ? Il est admis sans difficulté qu'il ne faut pas prendre en considération la qualification donnée par les parties à la société. Ainsi, les juges qui auront à décider si une société civile est commerciale, s'attacheront à préciser la nature des opérations de cette société, sans tenir compte des dénominations que les parties auront pu lui donner. La détermination de ce qu'il faut entendre par actes de commerce est une question essentiellement d'ordre public. Il est impossible d'en laisser la solution aux parties qui contractent¹. Faut-il décider de même lorsqu'il y a, non pas une erreur de la part des parties, mais une volonté formelle de transformer une société civile en société commerciale. Il suffit de se reporter aux différences qui ont été signalées entre les sociétés civiles et commerciales pour voir l'intérêt qui s'attache à cette question. Quelques auteurs² ont soutenu que si la société formée était commerciale, il n'était pas au pouvoir des parties de lui donner le caractère de société civile, mais que les parties pouvaient transformer une société civile en société commerciale. Le principe posé, les auteurs qui adoptent ce système ne parviennent

¹ Pont, Soc. I, n° 118. Duvergier, n° 485. Bédarride, Soc. n° 121. Rej. 21 mars 1808. D. 1808, 2, 75. Bordeaux, 6 février 1849, D. 1851, 2, 230.

² Troplong, nos 320 et suiv. Delangle, n° 36. Bédarride, nos 89 et suiv.

pas à s'entendre sur ses conséquences. C'est ainsi que les uns déclarent qu'une société formée pour l'achat et la revente des immeubles peut devenir commerciale¹, suivant d'autres, au contraire², une pareille transformation est impossible et une telle société reste essentiellement civile.

Toutes ces contradictions montrent bien le vice du principe tel qu'il est émis.

Il est impossible d'admettre que la volonté des parties puisse transformer une société civile en société commerciale. Les sociétés de commerce sont soumises à des Tribunaux spéciaux, elles peuvent être déclarées en faillite, l'article 64 du Code de Commerce établit une prescription spéciale en faveur des intéressés dans une société en liquidation. Admettre que la volonté des parties puisse recevoir effet, ce serait reconnaître que les parties peuvent changer l'ordre des juridictions, imposer le régime de la faillite, établir des prescriptions spéciales. Il suffit d'énoncer ces conséquences, pour faire repousser un pareil système.

Il y a là des règles qui touchent essentiellement à l'ordre public. Les conventions particulières ne sauraient déroger à ces règles fondamentales. Les parties ne peuvent donc, par leur volonté, transformer une so-

¹ Troplong, n° 320.

² Delangle, n° 36 et Bédarride, n° 89.

ciété civile en société commerciale, c'est à l'interprétation seule de la loi qu'il faut recourir pour savoir si une société est civile ou commerciale.

CHAPITRE II

LES SOCIÉTÉS CIVILES PEUVENT-ELLES PRENDRE LES FORMES COMMERCIALES ?

C'est la première question à examiner et la solution que nous lui donnerons dominera toute la théorie qui va suivre. Ce point a fait autrefois l'objet de controverses que la doctrine semble maintenant avoir résolues définitivement. La question se ramène à ceci : les règles du Code Civil doivent-elles impérativement être appliquées aux sociétés civiles, ou bien doit-on leur reconnaître la faculté d'adopter l'une des trois grandes formes de sociétés organisées par le Code de Commerce ?

Des auteurs ont décidé¹ que les formes de sociétés

¹ Vincens, Légis. comm. t. I, p. 349 et suiv. Delanglé, Soc. comm. nos 28 et suiv. et 424. Bédarride, Soc. com. nos 97 et 123. Voir également en ce sens Duvergier, Collection des lois et décrets

réglées par les lois commerciales, ne pouvaient s'adapter qu'à des sociétés commerciales. Le Code Civil, dit-on, ne mentionne que deux sociétés civiles : la société générale et la société particulière. Il ne reconnaît, ou du moins ne constitue ni la société en commandite, ni la société anonyme, ni la société par actions ; toutes ces espèces ne sont autorisées que par le Code de Commerce, et pour les sociétés commerciales. Ce silence de la loi ne serait pas un obstacle, s'il s'agissait de pactes qu'il dépendit des associés de consentir à leur gré et qui n'intéresseraient qu'eux. Mais ici, se trouve l'intérêt des tiers et à cet égard les intérêts de la loi semblent diamétralement opposés à ce qui fait l'essence d'une société anonyme et même d'une commandite. Le caractère distinctif et le privilège accordés par la loi à ces deux associations commerciales, c'est que les commanditaires dans l'une, ou les actionnaires dans toutes deux, ne sont engagés et passibles des pertes qu'à concurrence de leurs mises de fonds ou actions. Dans les sociétés civiles, les associés ne sont pas solidairement tenus des dettes sociales, à moins de convention expresse et en cela, elles diffèrent des sociétés de Commerce ; mais chaque associé contractant par lui-même ou par un associé fondé de

année 1863, p. 370 dont la doctrine diffère des décisions indiquées à son traité du Contrat de Soc. n^{os} 485 et suiv.

pouvoirs est tenu pour une somme et part égale envers le créancier. D'où il résulte que le gage des créanciers n'est pas, comme dans les sociétés anonymes, une mise de fonds déterminée qui peut être suffisante ou insuffisante pour couvrir la dette et au-delà de laquelle c'est le tiers qui reste en perte, sans avoir rien à réclamer de personne ; au contraire, l'obligation de la dette civile, quoique non solidaire et bornée pour chacun à sa part dans la dette, est indéfinie, en somme, s'étend à tous les biens de l'associé et le rend passible dans les limites de sa part de tout appel de fonds, de toute perte indépendante d'une première mise, ou de la valeur originaire de son action ¹. Les arguments se ramènent donc à ces deux points. La loi civile ne connaît que la société générale et la société particulière ; les autres formes de sociétés étant réglées par la loi commerciale pour les sociétés commerciales. La loi civile en outre répugne aux principes de la société ano-

¹ Vincens, Légis. comm. t. I, p. 349 et suiv. M. Vincens sur l'autorité duquel les auteurs s'appuient, pour soutenir la doctrine du texte, se contente dans le volume précité, d'indiquer les arguments invoqués dans les deux doctrines contraires. Dans son ouvrage des *Sociétés par actions*, p. 5 et 73, il exprime les mêmes doutes et examinant une définition de la Sociétés anonyme auxquels on attribue les caractères suivants : Réunion de capitaux ; dispense de responsabilité personnelle et de solidarité ; toutes les Associations où se trouvent ces caractères, étant des espèces de ce genre, il ajoute : « une loi quelconque aurait dû le dire. »

nyme, le principe de la restriction des obligations des associés à leurs apports étant une dérogation au principe général de l'article 2092 ; « qui s'oblige, oblige le sien. » Les auteurs qui adoptent cette théorie ne parviennent pas à s'entendre sur les conséquences qui doivent résulter de ces principes, et ce n'est pas une des moindres difficultés de ce système que de régler la condition juridique des sociétés civiles qui en fait ont revêtu une forme commerciale. Nous aurons à indiquer au chapitre suivant les solutions diverses qui ont été proposées, et vers lesquelles la jurisprudence semble avoir incliné pendant un certain temps.

Ce premier système n'a pas prévalu et une opinion qui paraît l'avoir définitivement emporté accorde aux sociétés civiles la faculté d'adopter une des formes du Code de Commerce. Aucune disposition législative ne contient de prohibition à cet égard, le principe général de la liberté des conventions doit donc faire décider que les sociétés civiles peuvent emprunter l'une des formes commerciales. Ces sociétés peuvent avoir à faire des opérations considérables auxquelles il serait impossible de satisfaire, s'il fallait s'en tenir à la réglementation du Code Civil. Ces formes commerciales ont pour but de créer des forces productives plus considérables que celles des individus, pour quels motifs, la loi ne permettrait-elle pas d'appliquer cette puis-

sance, ce mode d'action, aux opérations civiles, comme aux opérations commerciales? Les unes ne sont pas moins licites que les autres et elles n'en ont pas moins droit à la protection de la loi. Sans doute, c'est au Code de Commerce que se trouvent les règles de l'anonymat et de la commandite, mais c'est que ces modes d'association sont restés dans les usages constants du commerce. Le fait lui-même de la division du capital social par actions n'est pas incompatible avec les sociétés civiles ; ce qui le démontre bien au point de vue purement historique, c'est que le plus ancien exemple que l'on cite de la division d'un capital social par actions se rattache à une société civile. La société des moulins du Basacle, dont les membres sont nommés dans les anciens titres pairiers ou pariers, et dont les parts prennent le nom d'uchaux ou saches¹.

« De tout temps également les sociétés formées pour l'exploitation de mines ont divisé leur capital en actions ou parts d'intérêts, destinées à circuler de mains en mains au gré de leurs possesseurs successifs. L'adoption de cette forme est pour ainsi dire une conséquence presque forcée de l'importance des capitaux que nécessitent ces sortes d'entreprises et de leur durée illimitée². »

¹ Troplong, *Contrat de Société*. Préface, p. 74, et n° 143.

Les parts des moulins du Moissac qui étaient de véritables actions, s'appelaient meules ou vases à Montauban.

² Delecroix, *Soc. de mines*, n° 206.

Les parts portaient autrefois le nom de parts à fosse dans le Hainaut, parçons de fosse, dans la coutume de Liège¹. On sait la division du capital social de la Compagnie d'Anzin en sols et deniers².

Aucun motif ne nous paraît devoir apporter ici de restriction au principe de la liberté des conventions ; les sociétés civiles peuvent revêtir l'une des formes réglementées par la loi commerciale ; pour qu'il ne pût en être ainsi, il faudrait un texte formel qui n'existe pas.

Certains textes d'ailleurs viennent à l'appui de cette solution et supposent des sociétés civiles qui ont emprunté la forme commerciale.

La loi du 20 avril 1810 décide que l'exploitation des mines n'est pas un commerce. La société qui exploite une mine et qui, par suite, est une société civile, peut avoir son capital social divisé par actions.

La discussion qui eut lieu au Conseil d'Etat, le 20 juin 1809³, sur l'article 8 du projet, est à cet égard très explicite.

« M. le Comte Berlier voudrait que, relativement

¹ Delecroix, n^{os} 45 et 90.

² Etant donné que le capital social représente une livre, — la livre représente 24 sols et le sol valant 12 deniers, — on créa 24 sols et chaque sol fut subdivisé en douze deniers.

³ Locré, t. IX, VI, 13, p. 207.

aux mines, les sociétés anonymes fussent interdites. On a pu les tolérer tant que la concession n'a donné aux concessionnaires que le droit d'exploiter pendant un certain laps de temps, mais aujourd'hui qu'elle va leur transférer une propriété perpétuelle et incommutable, on ne doit pas souffrir que cette propriété repose sur des êtres de raison. »

« M. le Comte Regnaud de Saint-Jean d'Angely dit qu'interdire les sociétés anonymes, ce serait empêcher les associations, sans lesquelles il devient presque impossible d'entreprendre des exploitations aussi considérables que celles des mines. De telles exploitations exigent des capitaux qu'un très petit nombre de particuliers ne pourraient pas fournir, ou ne voudraient pas aventurer. Un capitaliste hasarderait bien une petite portion de sa fortune, mais il se refusera à risquer sa fortune tout entière. Dès lors, il faut nécessairement admettre un mode qui appelle tous ces capitaux partiels, et en forme une somme totale pour commencer et soutenir l'entreprise. »

.
« M. le Comte Berlier dit qu'on pourrait, en défendant les sociétés anonymes, permettre les sociétés en commandite. Celles-ci donneraient les facilités qu'on veut ménager aux capitalistes, en même temps qu'elles indiqueraient les personnes contre lesquelles les ac-

tions pourraient être dirigées, et qui sont responsables envers le public. »

« M. l'Archichancelier dit qu'aucune société anonyme ne peut exister sans l'autorisation du gouvernement ; on a un moyen d'empêcher la formation de celles qui ne présenteraient pas de sûreté. »

L'article adopté à la suite de cette discussion est ainsi conçu :

« Les mines concédées sont immeubles. Il en est de même des bâtiments, machines, galeries de boissage et autres travaux établis à demeure, conformément à l'article 524 du Code Civil. Néanmoins, les actions ou intérêts, dans une société ou entreprise pour l'exploitation des mines, sont réputées meubles, conformément à l'article 529 du Code Civil. »

Ainsi, le législateur de 1810, qui, dans l'Article 32 de la loi, déclare que : « l'exploitation des mines n'est pas considérée comme un commerce et n'est pas sujette à patente, » reconnaît que les sociétés formées pour une pareille exploitation et qui, par suite, sont civiles, peuvent adopter les formes réglées par le Code de Commerce, et notamment la société anonyme. La jurisprudence administrative s'était conformée à cette doctrine et le Conseil d'État accordait aux sociétés de mines l'autorisation qui était nécessaire pour se cons-

tituer sous la forme anonyme. Les exemples de ces autorisations sont nombreux¹.

Nous trouvons l'application de ces mêmes idées dans la loi du 27 avril 1838, sur l'assèchement et l'exploitation des mines. L'article 7 du projet de loi supposait une concession exploitée par une société en nom collectif. On fit observer que cette rédaction paraîtrait exclure la société en commandite ou la société anonyme. Le rapporteur de la loi, s'associant à cette idée, déclarait « qu'une mine peut appartenir tout aussi bien à une société anonyme ou à une société en commandite qu'à une société en nom collectif. » L'Article 7 fut rédigé dans des termes qui ne pouvaient plus laisser place au doute : « Lorsqu'une concession de mines appartiendra à plusieurs personnes ou à une société, les concessionnaires ou la société devront, quand ils en seront requis par le Préfet, justifier qu'il est pourvu par une convention spéciale à ce que les travaux d'exploitation soient soumis à une direction unique et coordonnés dans un intérêt commun. »

On peut également citer, dans le même sens, l'Article 14 de la loi du 5 juin 1850, qui soumet au timbre

¹ M. Delecroix, *Traité des Soc. de mines*, n° 233, cite de nombreux exemples de Sociétés de mines qui ont obtenu l'autorisation. Il fait remarquer que souvent dans leurs demandes au Conseil d'Etat, les requérants appelaient eux-mêmes leurs Sociétés : Sociétés civiles anonymes.

proportionnel « chaque titre ou certificat d'actions dans une société, Compagnie ou entreprise quelconque, financière, commerciale, industrielle ou *civile*. »

Nous avons déjà vu, que la loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée, aujourd'hui abrogée (Article 47 de la loi du 24 juillet 1867), avait réservé cette forme nouvelle de société aux sociétés de commerce. L'article premier de cette loi était ainsi conçu : « il peut être formé, sans l'autorisation exigée par l'Art. 37 du Code de Commerce, des *sociétés commerciales* dans lesquelles aucun des associés n'est tenu au delà de sa mise. » Il s'agissait d'organiser les sociétés dites sociétés à responsabilité limitée, sociétés anonymes d'un capital inférieur à 20 millions et dispensées de solliciter l'autorisation du gouvernement. Le législateur qui voulait faire un essai et qui appliquait un système emprunté à la législation anglaise n'avait voulu régler que les sociétés anonymes d'un capital inférieur à 20 millions. Il ne croyait pas utile d'accorder à des sociétés civiles ce qu'il considérait alors comme une faveur qui est devenue depuis le droit commun¹.

La commission du Corps Législatif n'avait pas été

¹ Sirey, Lois annotées, p. 81., Duvergier, Lois et décrets, 1863, p. 370.

de cet avis et avait exprimé à cette occasion le vœu que la législation sur les sociétés civiles fût l'objet d'une révision. Ce qu'il en résulte, c'est que le législateur s'est exprimé formellement, quand il a voulu ne pas permettre à des sociétés civiles de prendre une forme commerciale déterminée.

On ne pourrait tirer argument¹ contre notre doctrine de la discussion qui eut lieu au Corps Législatif, à l'occasion de la loi du 24 juillet 1867. Bien que la discussion relative aux sociétés civiles soit quelque peu confuse, il y a été fait quelques déclarations qu'il est bon de retenir. C'est ainsi que, dans la séance du 7 juin², M. Javal, qui demandait une réglementation législative pour les sociétés civiles, déclarait que personne ne mettait en doute que la forme de la société anonyme nouvelle ne pût être revêtue par toute société qui se crée conformément à la nouvelle loi.

Et M. Mathieu, le rapporteur de la loi, dans la même séance, disait : « la Cour de Cassation, unanimement, puis-je dire, jusque dans ces derniers temps, a déclaré sans doute que les parties étaient libres, à leurs risques et périls, d'appliquer à un objet civil, la forme de l'association commerciale. »

¹ Bulletin de la Société de Législation comparée, 1874, p. 249. Voir sur ce point, une note de M. Lyon-Caen dans Sirey, 1875, 1, 281.

² Moniteur du 8 juin 1867.

Nous avons vu, dans le premier rapport supplémentaire de la loi du 24 juillet 1867, les motifs qui avaient fait repousser par la commission l'amendement de M. Seydoux et ses collègues. M. Jules Brame avait retiré cet amendement en présence de l'engagement pris par le gouvernement de présenter un projet de loi spécial.

La loi du 24 juillet 1867 fait d'ailleurs elle-même l'application de notre théorie. L'Article 50 de cette loi suppose le capital des sociétés à capital variable divisé par actions. Nous savons que ces sociétés, à capital variable, ne sont pas des sociétés d'une espèce nouvelle, distinctes des autres par leur forme et par leurs éléments. C'est seulement une modalité qui peut affecter une des trois sortes de sociétés réglementées par le Code. Les plus importantes de ces sociétés sont les sociétés coopératives, qui sont généralement sociétés civiles par leur nature. Ainsi les sociétés coopératives de production qui ont pour objet le travail en commun des sociétaires, à des conditions plus ou moins avantageuses, les sociétés coopératives qui ont pour objet la construction de maisons pour les associés, les sociétés coopératives de consommation qui ouvrent leurs magasins à leurs associés, sont des sociétés civiles¹. Or, comme « la société à capital variable ne saurait

¹ Pont. I, n° 122, II, n° 1734.

exister sans revêtir la forme de l'une des sociétés, reconnues et définies par les lois commerciales¹, » nous avons donc, dans la loi, l'exemple de sociétés civiles qui peuvent affecter la forme de la commandite ou de l'anonymat.

L'article 66 de la loi du 24 juillet 1867 peut également être invoqué. Nous avons vu que, sous l'empire du Code de Commerce, les entreprises civiles pouvaient sans difficulté adopter la forme de l'anonymat, en se soumettant toutefois à l'autorisation du gouvernement. Le Conseil d'Etat avait usé de ce droit sans difficulté, tout particulièrement pour certaines associations tontinières, et certaines sociétés d'assurances mutuelles ; la jurisprudence avait suivi la même voie². L'article 66 de la loi du 24 juillet 1867 laisse, sous l'autorisation, les tontines et les sociétés d'assurances sur la vie, en laissant aux autres sociétés d'assurances la faculté nouvelle de se former sans l'autorisation du gouvernement. La loi semble donc bien implicitement permettre aux autres entreprises civiles d'user de la liberté qu'elle introduit, c'est-à-dire, d'adopter la forme anonyme sans autorisation.

En résumé, plusieurs textes de lois supposent

¹ Pont. n° 1732.

² V. particulièrement, Cass. 27 mars 1866. D. 66, 1, 428. S. 66, 1, 241. J. P. 1866, p. 541.

l'existence de sociétés civiles à formes commerciales ; aucun texte ne contient de prohibition.

Il nous reste à examiner si, à défaut de texte prohibitif, il n'y a pas, tout au moins dans les sociétés commerciales, quelque chose de propre qui empêche l'extension de ces formes aux sociétés civiles.

Nous n'avons pas à insister tout d'abord sur cet argument souvent répété, que le Code Civil ne connaît que deux sociétés civiles ; la société générale et la société particulière ; il ne reconnaît pas ou du moins ne constitue pas, ni les sociétés en commandite, ni les sociétés anonymes. Ce sont des formes qui ne sont autorisées que par le Code de Commerce pour les sociétés commerciales.

L'argument repose sur une confusion qu'il est facile d'indiquer. C'est en envisageant les sociétés, d'après la nature des opérations à réaliser que l'on distingue les sociétés civiles et commerciales. Le Code Civil se place, dans la classification qu'il établit, à un point de vue tout différent, il les classe suivant la quotité des biens mis en commun, suivant que les ressources sociales sont plus ou moins fortes. Cette distinction devenue un peu surannée a été empruntée par les rédacteurs du Code Civil à Pothier¹, et Pothier range

¹ Traité du Contrat de Société, n° 28.

les sociétés de commerce parmi les sociétés particulières ; c'est même dans les explications données sur les sociétés particulières que se trouvent les courts développements qu'il a consacrés aux sociétés commerciales. Un article du projet de Code Civil rangeait expressément les sociétés commerciales parmi les sociétés particulières. L'article fut retranché au Conseil d'État et remplacé par la disposition qui est devenue depuis l'article 1873, et qui se borne à renvoyer aux lois et usages de commerce.

En résumé, il n'y a pas d'incompatibilité entre les sociétés commerciales et les sociétés classées par l'article 1835 du Code Civil.

Il nous reste à examiner l'argument le plus sérieux qui ait été produit, et qui consiste à dire que la loi civile répugne aux principes de la société anonyme. La société civile repose, dit-on, sur l'idée de laisser toute son étendue à l'engagement de l'associé. Le principe de la société anonyme et de la commandite étant au contraire de restreindre à leurs apports les obligations soit des actionnaires, soit des commanditaires.

Il faut remarquer que l'argument ne porte pas sur une forme de société commerciale, la société en nom collectif. Sans doute les règles de cette dernière société sont différentes de la réglementation donnée par le Code Civil. Dans la société en nom collectif, tous les

associés sont tenus personnellement et solidairement des dettes sociales. Les sociétés civiles pourront se soumettre à cette solidarité qui ne répugne pas à leurs opérations. La loi exige qu'elle soit expressément stipulée ; or, revêtir une société civile d'une forme qui, en principe, et par la détermination de la loi, entraîne la solidarité des associés, ce sera en réalité faire une stipulation expresse de solidarité ¹.

Mais que faut-il penser de la limitation de la responsabilité des pertes à la mise de l'associé ? Est-ce vraiment une disposition particulière aux sociétés commerciales ².

Voici la réponse théorique que l'on peut faire à cet argument :

« L'article 1855 du Code Civil défend d'affranchir de toute contribution aux pertes la mise d'un associé. Mais il permet par cela même d'en affranchir la personne, c'est-à-dire, le reste de la fortune de l'associé. Sans doute, on peut dire que cet article ne règle que les rapports des associés entre eux ; mais, ainsi que le dit l'article 1863, les tiers n'ont d'action que contre les associés avec lesquels ils ont contracté, soit directement, soit par l'intermédiaire du gérant. Or, les tiers

¹ Pont. Soc. n° 123.

² Voir notamment un arrêt de la Cour de Paris, du 9 février 1843. J. P. 1843, I, 295.

ne sauraient prétendre avoir contracté avec des bailleurs de fonds dont le nom ne figure dans aucun des actes portés à la connaissance du public, et dont les statuts mettent positivement la personne en dehors de la société.

Une telle solution est éminemment conforme au droit commun¹.»

Il y a donc, il est vrai, dans cette restriction de l'obligation des associés à leurs apports, une exception à la règle générale posée par l'article 2092 du Code Civil « qui s'oblige, oblige le sien. » Cette dérogation a été admise en droit commercial pour des motifs particuliers.

Elle a pour principe et à la fois pour correctif, la publicité très-large qui accompagne et entoure la formation de la société. Les tiers sont avertis qu'ils ne peuvent suivre la foi des commanditaires et actionnaires, et qu'au lieu d'une responsabilité personnelle des associés, ils trouvent la garantie d'un capital déterminée.

C'est l'« *intuitus personæ* » qui disparaît de la société pour être remplacé par l'« *intuitus pecuniæ*. » Ces mêmes motifs existent lorsqu'il s'agit d'une société civile qui a revêtu une forme commerciale. La publicité est une nécessité qui s'impose à elle, dès lors,

¹ M. Labbé. Note dans Sirey, 1868, 2. 331, J. P. 1868, p. 4227.

les mêmes motifs doivent faire adopter les mêmes décisions.

Les associés pourront invoquer leur irresponsabilité au delà de leurs mises, parce que la publicité qui a entouré la société peut être considéré comme mettant les tiers à l'abri de toute surprise.

La dernière objection à laquelle il nous reste à répondre, consiste à dire que la création ou l'émission d'actions au porteur ou même à ordre constitue un acte de commerce qui a pour effet de transformer la société civile en société commerciale. C'est ainsi que l'on a dit dans la doctrine que les actions au porteur étaient des titres essentiellement commerciaux, absolument incompatibles avec un contrat dont le principe est l'engagement de la personne¹. Un arrêt dans ce sens a décidé que : « la société créée pour l'exploitation d'une mine et dont les parts en actions sont négociables, soit par la transmission par voie d'endossement, soit de la main à la main, comme un effet au porteur, n'a aucun des caractères d'une société civile, et constitue une opération de banque ou de commerce qui soumet les parties intéressées à la juridiction commerciale »². On peut répondre que le fait de créer des titres au porteur ou négociables par voie d'endossement ne constitue

¹ Delangle, n° 34.

² Paris, 8 déc. 1842; 9 février 1843. J. P. 1843, I, p. 293.

pas un acte certainement commerciale ; les billets à ordre, qui sont des billets au porteur, quand il y a endossement en blanc peuvent être souscrits par des non-commerçant pour des causes non-commerciales (Voir art. 189 et 636 du Code de Commerce). Quand bien même il faudrait décider que la création des titres au porteur constituerait un acte de commerce, la société n'en prendrait pas pour cela le caractère commercial. Dans le cas qui nous occupe, la création de pareils titres est un moyen et non pas un but. C'est un moyen pour réunir le capital social, et qui peut servir au succès d'opérations civiles et d'opérations commerciales. Une société tire sa nature des opérations pour lesquelles elle a été fondée, le moyen qu'elle emploie, pour réunir son capital, n'en saurait changer le caractère. On doit déterminer le caractère civil ou commercial de la profession d'une personne, non pas d'après le moyen qu'elle emploie, mais d'après le but qu'elle poursuit¹.

¹ Consulter, pour ce second système, Lyon-Caen et Renault, nos 278 et 535. Pont, I, n° 122. Boistel, 2^e edit. p. 123. Delecroix, n° 222 et suiv. Ledru, De la condition légale des Soc. civ. anon. Journal des Soc. civ. et com. 1880, p. 335 et 400. Cass. 27 mars 1866, D. 66, 1, 428, S. 66, 1, 241. J. P. 1866, p. 241. Paris, 15 février, 17 et 28 août 1868. S. 1868, 2, 329. J. P. 1868, p. 1123), et la note détaillée de M. Labbé. Lyon, 3 août 1873. S. 1874, 2, 105. J. P. 1874, 473. Cass. 7, nov. 1882, S. 1883, 1, 109.

CHAPITRE III

CONSÉQUENCES POUR LES SOCIÉTÉS CIVILES DE L'ADOPTION DES FORMES COMMERCIALES

Nous venons de voir si les sociétés civiles peuvent prendre les formes commerciales : il nous reste à rechercher les conséquences qui résultent pour une société civile de l'adoption des formes commerciales.

Cette question se posera dans les deux théories que nous venons d'examiner. La première opinion déclarait qu'il y avait incompatibilité entre les sociétés civiles et les formes commerciales : quelles seront dans ce système les règles à appliquer quand les sociétés civiles, en fait, auront pris cette forme commerciale ?

Nous avons admis, au contraire, avec la doctrine la plus récente, que les sociétés civiles pouvaient prendre les formes commerciales, il nous faut rechercher les solutions à admettre quand les sociétés civiles auront profité de cette liberté que nous leur reconnaissons.

Les auteurs qui adoptent le premier système, et qui déclarent qu'il y a incompatibilité entre les sociétés ci-

viles et les formes commerciales, ne sont pas d'accord sur les règles à appliquer, lorsqu'une société civile en fait aura emprunté l'une de ces formes. D'après les uns¹ : « la société anonyme seule considérée par la loi est la commerciale, mais rien n'empêche de s'y soumettre et de contracter une société de commerce volontairement, quoique l'objet de ceux qui la forment soit civile ; affecter les formes commerciales, c'est se faire commerçant en cette partie. »

D'autres² font une distinction, « qu'une société dont l'objet est de spéculer sur des choses qui résistent par leur essence à la spéculation commerciale ne puisse de quelque forme qu'on l'entoure être une société commerciale, la nécessité le veut ainsi. On ne fait pas violence à la nature des choses. » C'est ainsi qu'une société contractée pour l'achat et la revente des immeubles ne pourrait être qu'une société civile, on déciderait alors que ceux qui ont pris la qualité de commanditaires pourraient être tenus au delà de leurs mises, lorsque la société serait reconnue n'être qu'une société civile³. Au contraire, si l'objet de la société porte sur des choses mobilières, fongibles, susceptibles de trans-

¹ Comp. Vincens, Légis. comm. t. I, p. 356.

² Delangle, Soc. I, p. 40, de Neyremand, Revue critique 1862, t. XXI, p. 385.

³ Bédarride, Soc. I, n° 123. V en sens contraire, Dalloz, Rép. g. v° Acte de commerce, n° 281 et 283, et D. 41, 2, 260.

mission manuelle, les parties contractantes auraient formé une société commerciale. On fait valoir, pour justifier cette solution que les tiers qui ont vu se former l'être collectif ne doivent pas être trompés dans leurs espérances, et ne doivent pas être privés des garanties attachées à la forme même de la société. Il doit en être de même des commanditaires et des actionnaires qui n'ont voulu s'engager que jusqu'à concurrence, d'une certaine somme, ils ne peuvent être exposés à supporter les conséquences d'une gestion qu'ils ne pouvaient prévoir.

La jurisprudence paraît d'abord avoir incliné vers ces idées¹.

C'est ainsi qu'il a été jugé qu'une société qui réunit les caractères de la société anonyme est, quel que soit son objet, une société de commerce, et qu'il en est ainsi notamment d'une société anonyme, ayant pour objet l'exploitation d'une mine²; que l'exploitation d'une mine, quand elle a lieu au moyen d'une réunion d'actionnaires, doit être réputée acte de commerce et par suite les difficultés qui y sont relatives sont de la compétence des tribunaux de commerce³; que, bien

¹ Devill et Gilb. v^o Soc. anon. n^o 1 et Rep. Gen. Pal. v^o Société n^o 117.

² Bruxelles, 3 mars 1810. (Béghin). C. N. 3, 2, 224.

³ Cass. 30 avril 1828. D. 28, 1, 233. S. 28, 1, 418.

que l'exploitation d'une mine ne soit point, par sa nature, commerciale, elle prend ce caractère, lorsqu'elle devient l'objet d'une société en commandite¹; que la société créée pour l'exploitation d'une mine et dont les parts en actions sont négociables, n'a aucun des caractères d'une société civile, et constitue une opération de banque et de commerce, qui soumet les parties intéressées à la juridiction commerciale².

Nous n'avons pas à examiner les conséquences d'une doctrine qui paraît devoir être écartée. Aussi bien, les divergences qui se manifestent montrent bien le vice du système.

Toutes ces décisions s'inspirent de cette idée, que les parties peuvent, par une manifestation de leur volonté, faire d'une société civile une société commerciale. Les distinctions que l'on établit pour savoir dans quelle mesure cette volonté doit sortir à effet, sont tout arbitraires. Certains auteurs, en effet, déclarent qu'une société, pour acheter et revendre des immeubles est civile par essence³; un autre déclare

¹ Dijon, 26 avril 1841. D. 41, 2, 246. J. P. 1841, I, p. 629. Paris, 19 avril 1841. D. 41, 2, 247. J. P. 1841, 2, p. 389.

² Paris, 8 déc. 1842, 9 février 1843. J. P. 1843, I, p. 293. Comp. également, Cass. 30 avril 1828. D. 28, 1, 234. Bordeaux, 22 juin 1832. D. 34, 2, 48. Caen, 26 janvier 1836. D. 40, 2, 222. Angers, 5 février 1842. D. 42, 2, 36.

³ Delangle, loc. cit.

qu'elle ne répugne pas à la forme commerciale¹.

Nous ne pouvons que renvoyer aux solutions déjà indiquées. En présence de textes formels qui définissent ce que la loi entend par actes de commerce, on ne conçoit pas un acte qui, par la seule volonté des parties, puisse entrer dans cette nomenclature. Il y a là des garanties qui touchent à l'ordre public ; notamment, au point de vue de l'application des règles si importante de la compétence ou de la faillite. Ces garanties existent lorsque la loi les accorde, et elles ne peuvent exister que là où la loi les a reconnues. Il est impossible d'accorder à la volonté des parties, la possibilité de rendre commerciale une société civile.

Puisqu'il nous faut écarter ce premier système, et les conséquences qui s'y rattachent, il nous reste à rechercher les règles à appliquer lorsqu'une société civile aura profité de la liberté de revêtir l'une des formes réglementées par le Code de Commerce, comme le reconnaît la seconde doctrine que nous avons admise.

Il n'y a pas incompatibilité, disons-nous, entre les sociétés civiles et les formes commerciales. Quelle sera tout d'abord la nature de cette société civile à forme commerciale ?

¹ Troplong, nos 320 et suiv.

Nous avons vu qu'il était contraire aux principes fondamentaux du droit que les parties pussent à leur gré se rendre justiciables des tribunaux de Commerce, rendre une société susceptible d'être déclarée en faillite, de même qu'il leur eut été impossible avant la loi du 22 juillet 1867, abolitive de la contrainte par corps, de donner à leurs engagements la sanction de la contrainte par corps.

Les parties ne pourront donc rendre commerciale une société civile.

Les effets que nous avons déniés à la volonté expresse des parties, nous les refusons également lorsque les parties auront pris pour leurs sociétés les formes commerciales. Il dépend des parties d'adopter ou non une forme commerciale, ce serait donner un effet à leur volonté que de déclarer commerciale la société ainsi contractée.

La société civile garde donc bien son caractère civil, malgré l'emploi des formes commerciales. Une société est civile ou commerciale, uniquement en raison de son objet et toutes les formes de sociétés pourront être employées par elle, sans changer pour cela sa nature¹.

La jurisprudence paraît désormais fixée en ce sens.

¹ M. Labbé en note. S. 1868, 2, 330. J. P. p. 1226. Lyon-Caen et Renault, nos 278 et 535. Pont, I, n° 121, Delecroix, n° 230.

C'est ainsi qu'on a jugé que toute société anonyme n'est pas réputée société commerciale, il faut en outre qu'elle ait pour objet une entreprise de commerce¹; que la recherche ou l'exploitation de mines ne constitue pas un acte de commerce, et par suite les sociétés établies dans ce but ne peuvent être que des sociétés civiles, alors même que le capital est divisé en actions dont plusieurs sont au porteur².

La jurisprudence est maintenant constante pour déclarer d'une manière générale que le caractère civil ou commercial d'une société se détermine non par la forme de cette société, mais par la nature de ses opérations³.

Mais si la société reste civile, malgré l'emploi d'une forme commerciale, il n'en résulte pas qu'elle doive être traitée comme une société purement civile. L'adoption de l'une des formes commerciales lui crée une certaine assimilation entre elle et les sociétés commer-

¹ Rej. 23 août 1820, (Saint-Didier), C. N. 6, 1, 303,

² Douai, 17 sept. 1842. J. P. 1843, II, p. 641. Comp. 22 mai 1841, J. P. 1841, II, p. 45.

³ Cass. Req. 27 mars 1866. D. 66, 1, 428. Paris, 15 février, 17 et 28 août 1868. S. 1868, 2, 329. J. P. 1868, p. 1223 Grenoble, 19 mars 1870. S. 71, 2, 35. Cass. Req. 26 février 1872. S. 72, 1, 175. Cass. civ. 21 juillet 1873. D. 74, 1, 427. Dijon, 1^{er} avril 1874. D. 75, 2, 81. Rouen, 1^{er} avril 1881. S. 1881, 2, 453. Cass. 7 nov. 1882. S. 1883, 1, 109. Cass. req. 28 janvier 1884, (Gazette des tribunaux du 31 janvier 1884). D. 1884, 1, 145.

ciales. Il reste à indiquer dans quelle mesure la loi civile et la loi commerciale doivent s'appliquer à ces sociétés. C'est là un point délicat. La difficulté vient de l'absence de textes sur la question.

Voici les principes qui pourront servir de guides :

La société restant civile, malgré l'adoption d'une forme commerciale, ne sera pas régie par les règles tenant à la qualité de commerçants des sociétés de commerce.

La société civile à forme commerciale sera régie par les règles des sociétés de commerce tenant à leur forme ¹.

Quelques applications de ces principes ne donnent lieu à aucune difficulté. C'est ainsi que l'on admet que la société civile à forme commerciale ne pourra pas être déclarée en faillite, qu'elle ne sera pas justiciable du tribunal de commerce, qu'elle n'est pas obligée de tenir des livres.

Mais dans plusieurs cas, l'application est moins facile.

Sans vouloir entrer dans l'examen de toutes les questions que pourrait faire naître cette théorie, ce qui serait faire le commentaire de toutes les dispositions législatives sur les sociétés, nous nous bornons à indiquer les questions générales qui peuvent s'élever et dont les autres questions ne seront que l'application.

¹ Lyon-Caen et Renault, n° 536.

Nous étudierons dans trois paragraphes distincts : 1° à propos de la constitution de nos sociétés, si la réglementation de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés commerciales leur est applicable, et si elles ont la personnalité juridique ; 2° à l'occasion de leur fonctionnement, la mesure des obligations des associés envers les tiers ; 3° enfin, à propos de leur dissolution, si la prescription de l'article 64 du Code de Commerce leur est applicable.

§ 1.

Nous avons à examiner, à l'occasion de la constitution des sociétés civiles à formes commerciales, les deux questions suivantes :

Ces sociétés sont-elles soumises à la réglementation de la loi du 24 juillet 1867 ?

Ont-elles la personnalité morale ?

Il nous semble, en premier lieu, qu'il faut décider que la loi du 24 juillet 1867 est entièrement applicable aux sociétés dont nous nous occupons.

Si la société civile emprunte l'une des formes réglées par la loi commerciale, elle doit se soumettre aux conditions que cette forme impose et accepter les conséquences qui en résultent. Nous devons décider

en particulier et par application de ces idées que les associés devront remplir exactement toutes les conditions de publicité que la loi impose, lorsqu'il s'agit de former des sociétés de commerce. C'est là un point très important. Il ne faut pas oublier que c'est l'observation complète de toutes ces conditions qui explique l'organisation intérieure et extérieure de la société, surtout comme nous l'avons dit au point de vue de la restriction de la responsabilité des associés. On l'a dit très exactement, « la conformation sociale et la publicité se lient en quelque sorte entre elles, comme l'effet est lié à la cause¹. » En définitive, une société civile peut bien prendre une forme commerciale, mais à la condition toutefois de se soumettre à la même réglementation et particulièrement aux mêmes règles de publicité que les sociétés dont elles adoptent la forme.

La loi du 24 juillet 1867, disons-nous, établit une réglementation qui nous paraît devoir être appliquée à nos sociétés. La loi, en effet, est très générale, nulle part nous ne trouvons soit une restriction, soit une exclusion des sociétés civiles.

Nous croyons inutile de revenir sur les discussions auxquelles ont pu donner lieu les sociétés civiles au moment de la confection de la loi de 1867. Nous ne pouvons que renvoyer aux détails qui ont déjà été don-

¹ Pont. n° 123.

nés¹, et il ne nous paraît pas que l'on puisse en tirer argument contre la doctrine que nous indiquons.

Il est d'autant plus logique d'ailleurs d'admettre cette théorie, qu'avant la loi de 1867, en vertu de l'article 37 du Code de Commerce, les sociétés civiles anonymes étaient soumises à l'autorisation préalable du gouvernement et à sa surveillance. Cet article 37 qui a disparu pour les sociétés de commerce n'est certainement plus en vigueur pour les sociétés anonymes civiles. A quelles conséquences arriverait-on ? Il n'y a plus d'autorisation préalable exigée et d'un autre côté, si on n'applique pas la loi de 1867, nos sociétés ne seront pas soumises à cet ensemble de mesures que le législateur a réglementées minutieusement, et qui sont destinées à remplacer les garanties qu'assurait l'autorisation préalable.

Si nous refusons d'appliquer la loi de 1867, nous reconnaitrons ainsi, aux sociétés civiles, une liberté qui serait refusée aux sociétés commerciales. C'est l'idée contraire qui est admise ordinairement ; les matières commerciales ont toujours paru exiger une faveur que l'on n'accordait pas aux opérations civiles. Aucun motif, d'ailleurs, ne saurait être invoqué pour la réglementation des sociétés commerciales anonymes seules. Les inconvénients et les abus que l'on a voulu éviter pour les

¹ V Supra, p. 131.

sociétés commerciales sont les mêmes lorsqu'il s'agit de sociétés civiles.

« Ce qui justifie, dans une certaine mesure, la réglementation des sociétés par actions, ce n'est assurément pas la nature de leurs opérations, c'est leur forme¹. »

Si les dangers présentés par ces sociétés anonymes sont identiques, qu'il s'agisse de sociétés civiles et de sociétés de commerce, il faut admettre les mêmes règles pour les prévenir. Avec la doctrine qui refuserait cette réglementation de la loi de 1867, il faudrait reconnaître à ces sociétés civiles anonymes, par exemple, la faculté d'avoir des actions d'un taux très minime, qui ne seraient ainsi que de véritables billets de loterie, on ne pourrait exiger également la souscription intégrale du capital social, le versement du quart sur chaque action. Les dispositions relatives à la conversion des actions nominatives en actions au porteur, à l'appréciation des apports, pourraient être également éludées.

Ce sont là des conséquences qu'il est impossible d'admettre. On peut invoquer par analogie plusieurs décisions de la jurisprudence. Les motifs que l'on faisait valoir pour exiger l'application de l'article 37 du Code

¹ Bulletin de la Société de législation comparée, mai 1875, M. Lyon-Caen, p. 245.

de Commerce aux sociétés civiles anonymes sont les mêmes, lorsqu'il s'agit d'appliquer, à ces sociétés, la réglementation de la loi du 24 juillet 1867, dont les prescriptions remplacent les garanties qui résultaient de l'autorisation préalable et de la surveillance du gouvernement.

« Attendu, disait la Cour de Cassation, que l'article 37 du Code de Commerce, directement applicable aux sociétés ayant un but commercial, doit être également appliqué aux sociétés civiles lorsque celles-ci offrent le caractère de la société anonyme.

Qu'en effet, en empruntant au Code de Commerce ce mode spécial d'organisation, les sociétés civiles se soumettent nécessairement aux prescriptions essentielles et d'ordre public qui sont la condition même d'existence de ces sortes de sociétés.

Que s'il en était autrement, la société civile anonyme, affranchie à la fois de l'autorisation préalable du gouvernement et de la responsabilité des associés, serait par là même en situation de renouveler, et dans des proportions indéfinies, les abus et les désordres que les lois de la matière ont eu particulièrement en vue de prévenir. Ce qui est souverainement inadmissible ¹. »

¹ Cass. 13 mai 1857. D. 1857, 1, 201. J. P. 1857, p. 998, arrêt rendu après partage. Comparer Paris, 1^{er} février 1858. J. P. 1858, p. 218. Cass. 9 nov. 1858. D. 1858-1, 401. Orléans, 21 juillet 1859. D. 61, 2, 29.

Ces motifs nous paraissent aujourd'hui tout aussi déterminants pour exiger l'application aux sociétés civiles anonymes de la loi de 1867.

Une question plus délicate se présente au point de vue de l'application de la loi du 24 juillet 1867 sur un point spécial. Cette loi établit un ensemble de prescriptions et de formalités dont elle garantit l'observation par des sanctions civiles (art. 7, 8, 41 et suiv.) et des sanctions pénales (art. 13, 14, 15, 16 et 45). Les sanctions civiles sont applicables à notre sujet, faut-il en décider de même pour les responsabilités pénales ?

Les articles 13 et suiv. et 45 frappent d'une amende de 500 à 10,000 fr. certaines contraventions aux prescriptions de la loi, et appliquent les peines portées par l'article 405 du Code Pénal à certaines fraudes qui peuvent ne pas présenter tous les caractères des manœuvres constitutives du délit d'escroquerie.

On a soutenu que ces pénalités prononcées pour contraventions aux règles édictées par la loi de 1867, n'étaient pas applicables aux sociétés civiles qui avaient emprunté l'une des formes commerciales. Il y a là, dit-on, des dispositions qui, à raison de leur nature même, doivent être restreintes aux hypothèses qui rentrent directement dans les prévisions d'une loi spéciale, elles n'ont été prononcées expressément que pour des sociétés commerciales, il ne suffit pas d'une simple analo-

gie pour étendre ces dispositions à des sociétés civiles.

C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de Cassation¹. On arrive ainsi à reconnaître une certaine immunité aux sociétés civiles à formes commerciales, puisqu'à la différence des sociétés de commerce elles ne tombent sous l'application des prescriptions pénales de la loi de 1867.

Cette opinion ne nous paraît pas devoir être admise. La loi du 24 juillet 1867 établit avec un grand soin un ensemble de prescriptions sur la constitution et le fonctionnement des sociétés par actions, puis à titre de sanction de ces règles, elle édicte certaines pénalités destinées à en assurer le respect. Il y a là, comme on l'a très justement fait remarquer, « un tout indivisi-

¹ Cass. 28 novembre 1873. S. 1875, 1, 281. Delecroix, Soc. de Mines, n° 240. — Ledru, journal des Soc. civ. et comm. 1880, p. 466. — L'arrêt s'exprime d'une manière trop générale lorsqu'il dit : « Attendu que les articles 15 et 45 de la loi du 24 juillet 1867, ont eu pour but de punir les fraudes qui y sont spécifiées en matière de Sociétés en commandite et de Sociétés anonymes, c'est-à-dire à l'occasion de *Sociétés commerciales*. » M. l'avocat général Chevrier donnait à cet arrêt une portée plus exacte lorsqu'il disait dans une affaire qui a donné lieu à un arrêt de Cassation du 28 janvier 1884 : « On pourra reprocher à l'arrêt rendu le 28 novembre 1873 par la Chambre criminelle, de n'avoir envisagé la question qu'au point de vue pénal et en contester l'autorité dans les matières commerciales ou civiles. » Dalloz, 1884, 1, 149.

ble. Il est de toute évidence que les sociétés qui sont régies, par les dispositions réglementaires de la loi de 1867, le sont par les dispositions pénales leur servant de sanction, et que dire que les dispositions pénales sont étrangères à certaines espèces de sociétés, c'est implicitement décider que les dispositions réglementaires de la loi de 1867 ne concernent pas ces sociétés¹. »

La réglementation de la loi de 1867 est applicable, avons-nous dit, aux sociétés civiles à formes commerciales. Nous ajoutons sous les mêmes sanctions pénales que les sociétés commerciales.

Les sociétés civiles à formes commerciales devront ainsi se conformer aux règles sur la souscription intégrale du capital social, sur le versement du quart, sur l'appréciation des apports et avantages particuliers, sur le taux des actions et coupons d'actions, sur la conversion des titres nominatifs en titres au porteur, sur l'organisation intérieure de la société et particulièrement à toutes les formalités de publicité prescrites par les articles 55 et suivants de la loi de 1867. Une question peut se poser sur ce dernier point. D'après la loi, dans le mois de la constitution de la société, un double de l'acte constitutif s'il est sous-seing-

¹ M. Lyon-Caen, note dans Sirey, 1875, 1, 281, sous l'arrêt précité de la Cour de Cassation.

privé, ou une expédition s'il est notarié, doit être déposé aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce du lieu dans lequel est établie la société. Cette disposition, qui est relative à la publication des actes de société, est-elle applicable à nos sociétés civiles qui, elles, ne relèvent pas dans la juridiction commerciale ? Il n'y a pas lieu de distinguer, puisque la loi elle-même ne distingue pas. On a d'ailleurs fait remarquer qu'il n'y avait pas de corrélation entre le lieu du dépôt et la juridiction. La loi elle-même l'indique bien, puisqu'elle exige également le dépôt au greffe de la justice de paix. On a rapproché de ce cas la disposition de l'article 2 de la loi du 23 juin 1857 qui prescrit le dépôt des marques de fabrique et de commerce au greffe du tribunal de commerce, bien que les contestations en matière de marques relèvent de la juridiction civile. (art. 16 de cette même loi¹.)

Il nous reste à examiner si la société civile à forme commerciale constitue une personne morale.

Si l'on admet l'affirmative, il faut faire dériver de cette idée de personnalité certaines conséquences, on envisage d'une certaine façon les rapports de la société avec le monde extérieur.

Nos sociétés ont-elles la personnalité, le fonds social n'est pas indivis entre les associés, il est censé appar-

¹ Lyon-Caen et Renault, n° 537 et la note.

tenir à la société, il en résulte que le droit des associés est considéré comme rentrant dans la classe des biens meubles, quand bien même le fonds social serait composé d'immeubles. Il en est autrement si l'on dénie la personnalité à nos sociétés, le fond social forme une copropriété indivise entre les associés, le droit de chaque associé est en ce cas mobilier ou immobilier suivant que la société possède des meubles ou des immeubles.

Une autre conséquence très importante de la personnalité, c'est la distinction des créanciers en deux catégories, les créanciers sociaux et les créanciers personnels de chacun des associés. L'actif social sert de gage aux créanciers sociaux à l'exclusion des créanciers personnels ; la société trouve ainsi un élément très important de crédit¹.

¹ On a cherché à expliquer d'une manière différente cette décision que l'on rattache ordinairement à l'idée de personnalité. On a voulu y voir une application des principes généraux qu'il faudrait par suite admettre même pour les Sociétés qui ne forment pas des personnes morales ; les associés, dit-on, ne peuvent rien prendre dans l'actif avant le paiement du passif social, les créanciers personnels des associés ne peuvent avoir plus de droits que leurs débiteurs, ils devront donc laisser payer par préférence les créanciers sociaux. Ce système n'est pas acceptable, le principe que l'on invoque n'est applicable qu'aux rapports des associés entre eux. La Société ne formant pas une personne morale, il y a copropriété indivise entre les associés, et la part de chacun d'eux sert de gage à tous ses créanciers indistinctement, puisque

Ce sont là les effets généraux qu'implique la notion de la personnalité morale.

Il est admis sans contestation par la doctrine et la jurisprudence que la société commerciale forme une personne morale. Il n'est pas inutile d'indiquer les motifs qui, outre les arguments de texte, expliquent cette situation. Le législateur, en effet, soumet cette société à un ensemble de formalités qui la font connaître au public, elle fonctionne sous une raison sociale, ou sous un nom particulier, elle est soumise à un régime spécial de publicité qui a pour but de révéler aux tiers son existence, le temps de sa durée, les noms des associés, des gérants ou administrateurs nommés par les statuts, en un mot, toutes les clauses du pacte social, qu'il est de l'intérêt du public de connaître¹.

En ce qui concerne les sociétés civiles, il y a, au contraire, une vive controverse : la majorité des auteurs enseigne que la société civile constitue une personne morale distincte des membres qui la composent. Les auteurs les plus récents semblent vouloir adopter l'opinion contraire².

la loi ne crée pas de privilège en faveur de ceux à l'égard desquels il se trouve obligé comme associé. Lyon-Caen et Renault, n° 284, c.

¹ V. Cass. 2 juin 1834 et 19 mars 1838. (S. 34, 1, 603 ; 38, 1, 343 ; Dall. 34, 1, 202 ; 38, 1, 102).

² En ce dernier sens Thiry, *Revue critique*, 1855, t. V, p. 412

Et ce qui expliquerait cette différence avec la société commerciale, c'est que la société civile forme une convention qui n'est connue que de ceux qui y ont pris part. Il n'y a pas pour elle un ensemble de formalités de publicité destinées à la porter à la connaissance des tiers.

L'ensemble de la jurisprudence présente sur cette question les mêmes incertitudes, la majorité des arrêts pourtant semble reconnaître la personnalité morale des sociétés civiles.

Sans vouloir entrer dans une controverse qui exigerait de longs développements, que devons-nous décider pour les sociétés civiles à formes commerciales ? La jurisprudence et la doctrine reconnaissent que ces sociétés, dès qu'elles se sont soumises à la publicité prescrite par la loi commerciale pour chacune de ces formes, seront des personnes morales. La personnalité s'explique pour les sociétés commerciales par les formalités qui en révèlent l'existence au public ; les conditions sont les mêmes ici, puisque la société civile s'est conformée aux mêmes prescriptions établies par la loi dans l'intérêt des tiers. Il n'y a ici aucun motif

et suiv. Aubry et Rau, IV, 377, note 16. Lyon-Caen et Renault, n° 290. Pont, n° 126. Voir l'énumération des auteurs qui admettent la personnalité dans Pont, p. 98, note 3.

d'ordre public, qui empêche la volonté des parties de sortir à effet.

On alléguerait vainement que la loi seule peut accorder la personnification juridique, et qu'en l'absence d'un texte on n'est pas autorisé à faire pareille extension aux sociétés civiles à formes commerciales.

En réalité l'effet de la personnification pour les sociétés est restreint « à la simplification des rapports de la société avec les tiers, afin de donner à la société une plus grande puissance et un plus fort crédit, il y a là une forte concentration des droits individuels¹. » Puisque cette fiction est destinée à donner des garanties aux tiers et qu'il suffit pour les sociétés commerciales de la porter à leur connaissance par le moyen légal, on ne pourrait s'expliquer pourquoi les sociétés civiles à formes commerciales qui se sont soumises à toutes les règles de publicité destinées à empêcher les fraudes et les surprises à l'égard des tiers ne pourraient pas jouir du bénéfice de la personnalité. Il est inutile d'ailleurs de faire intervenir ici les droits de l'État, « l'État n'a pas à se préoccuper outre mesure de ces actes fictifs dont la personnalité ne se dégage jamais complètement de celle des associés². »

¹ M. Labbé, note dans Sirey, 1881, 2, 249. Journal la Loi, n° du 27 août 1881.

² Piebourg, De quelques questions sur les personnes civiles, p. 19.

Il nous paraît donc incontestable que la société qui prend la forme commerciale devient personne morale¹.

§ 2.

En ce qui concerne le fonctionnement des sociétés civiles à formes commerciales, voici les règles qui sont applicables aux obligations des associés envers les tiers.

Le caractère civil d'une société dépend, nous l'avons vu, de l'objet de la société et non de la forme qu'il a plu aux parties de lui donner, mais la forme commerciale emportera virtuellement l'application de certaines règles commerciales qui y sont inhérentes.

C'est ainsi que si la société civile est en nom col-

¹ Ch. civ. 3 février 1868. D. 1868, 1, 225. J. P. 1868, p. 421. Pont, n° 124. Lyon Caen et Renault, n° 291. Boistel, n° 167.

D'après M. Laurent, (Principes, t. XXVI, n° 221), les Sociétés civiles peuvent se constituer suivant les formes commerciales, mais ces Sociétés ne jouissent pas de la personnification, il doit en être ainsi en Belgique par interprétation de la loi Belge du 18 mai 1873, art. 2 et 3, qui n'accordent la personnification juridique qu'aux Sociétés commerciales.

Nous n'avons pas à examiner ici si l'adoption d'une forme commerciale est pour une Société civile le seul moyen d'acquérir la personnalité. Consulter sur ce point deux études parues dans la Gazette des Tribunaux, n°s du 20 avril 1878 et 4 avril 1883.

lectif, les associés seront tenus personnellement et solidairement. La société civile a-t-elle pris la forme de la commandite, les commanditaires ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leur mise. S'il s'agit d'une société anonyme, les actionnaires ne peuvent être poursuivis que jusqu'à concurrence de leur apport. En un mot, les associés sont tenus envers les tiers, de la même façon que les associés qui font partie de sociétés commerciales.

L'accomplissement des formalités de publicité a mis les tiers en mesure de connaître la portée des engagements pris et la publicité ne doit pas être moins efficace, lorsqu'il s'agit d'une société civile que lorsqu'il s'agit d'une société commerciale¹.

Il n'y aura donc qu'à appliquer la loi commerciale, ce sera la forme de la société qui déterminera la mesure des obligations des associés envers les tiers.

§ 3.

La dissolution des sociétés civiles à formes commerciales a donné lieu à une question délicate sur l'application de l'article 64 du Code de Commerce.

En général, une société civile ou commerciale pen-

¹ Pont, n° 113. Lyon-Caen et Renault, n° 536.

dant qu'elle dure est soumise à l'application du droit commun en ce qui concerne la prescription des actions qui peuvent être exercées contre celle ou contre les associés ; d'après l'article 2262 du Code Civil, la durée de cette prescription est de 30 ans. À la dissolution de la société commerciale, il y a lieu à une prescription particulière de 5 ans ; elle est établie au profit des associés non liquidateurs. « Toutes actions, dit l'article 64, contre les associés non liquidateurs et leurs veuves, héritiers ou ayants cause, sont prescrites 5 ans après la fin ou la dissolution de la société, si l'acte de la société qui en énonce la durée, ou l'acte de dissolution a été affiché ou enregistré, conformément aux articles 42, 43, 46, et si, cette formalité remplie, la prescription n'a été interrompue à leur égard par aucune poursuite judiciaire. » Il y a là un fait exceptionnel et il importe de déterminer comment l'application de cet article a été comprise pour les sociétés commerciales qu'il vise directement. La doctrine, en effet, n'est pas d'accord sur ce point. La question se pose de savoir à quelles sociétés commerciales cette prescription doit s'appliquer. Des auteurs¹, s'appuyant sur les travaux préparatoires du Code de Commerce, pensent que le législateur a voulu apporter

¹ Lyon-Caen et Renault, n° 581.

une faveur spéciale contre les rigueurs de l'obligation personnelle et solidaire.

Il y a donc lieu de faire dans l'article une distinction qui n'y est pas expressément indiquée. Il est certain qu'au cours des travaux préparatoires, il a été tout particulièrement question de la solidarité¹. On voulait engager un plus grand nombre de personnes à former des sociétés. « On fuirait, disait-on, les sociétés de commerce, si ceux qui s'y engagent ne pouvaient espérer de se voir libérer qu'après trente ans, et par suite se trouvaient jusque-là dans l'impossibilité de former aucun établissement. » Et, à la suite de ces débats, il fut adopté que la solidarité des associés n'aurait pas, après la dissolution de la société, la durée que lui donne le droit commun. Il paraît donc en résulter qu'il faut distinguer les sociétés qui entraînent des responsabilités illimitées des sociétés dont les membres ne sont tenus que dans la mesure de leurs apports (actionnaires ou commanditaires). On ajoute d'ailleurs que certainement la prescription ordinaire s'applique dans les sociétés purement civiles où les associés sont tenus plus rigoureusement, puisqu'ils sont obligés sans solidarité, il est vrai, mais chacun pour sa part sur tous ses biens indéfiniment².

¹ Locré, t. XVIII, p. 270 à 277.

² Lyon-Caen et Renault, n° 581.

Un autre système que suit la jurisprudence¹ applique à toutes les sociétés commerciales la prescription quinquennale. Les termes généraux de l'article ne permettent pas de faire aucune distinction. Sans doute, dans la discussion au cours des travaux préparatoires, il a été plus particulièrement question de la solidarité, mais c'était l'hypothèse dont la solution présentait le plus d'intérêt, et d'ailleurs on a également parlé des actions personnelles que le tiers pourraient avoir contre les associés.

On invoque également la loi du 24 juillet 1867. L'article 52 fait durer cinq ans, à partir du jour de leur retraite, les actions données contre les associés qui font partie de sociétés à capital variable, sociétés qui sont fréquemment des sociétés par actions. On a dit, au cours des travaux préparatoires que la retraite d'un associé était pour lui une sorte de dissolution de la société.

Que faut-il décider pour les sociétés civiles à formes commerciales, l'article 64 du Code de Commerce leur est-il applicable.

La question fait difficulté et sur ce point trois opinions ont été émises.

¹ Pont, n° 2007. Boistel, 2^e édit. n° 389. Ledru, *Journal des Soc. Civ.* année 1880, p. 462. Cass. Req. 21 juillet 1835, (D. 1835, 1, 450. S. 1836, 1, 121. J. P. 1836, I, p. 360.) Cass. 27 janvier 1873. S. 1873, 1, 433 avec une note de M. Labbé.

Des auteurs qui restreignent l'application de l'article 64 au cas où il y a seulement une obligation personnelle et solidaire, appliquent cet article même dans les sociétés civiles qui ont adopté la forme en nom collectif ou en commandite. « Dans les sociétés civiles de cette espèce, dit-on, les associés ou les commanditaires sont tenus personnellement et solidairement des dettes sociales, et c'est dans l'obligation personnelle et solidaire des associés que se trouve le motif de l'abréviation de la prescription¹. »

Un autre système, partant de cette idée que l'article 64 doit s'appliquer à toutes les sociétés commerciales sans distinction, déclare également la prescription de cinq ans applicable à toutes les sociétés civiles revêtues des formes commerciales. La prescription de l'article 64 est une règle dépendante et inséparable de la forme commerciale adoptée par la société civile, ce qui le démontre, c'est que cette prescription de cinq ans est subordonnée à une formalité, à la publication de l'acte de société ou de dissolution, elle se justifie d'ailleurs par les mêmes motifs quel que soit l'objet de la société².

¹ Lyon-Caen et Renault, n° 581 bis.

² M. Ledru, *Journal des Soc. civ. et com.* 1880, p. 463. M. Pont, II, n° 2003, paraît également adopter cette doctrine : « après la dissolution de la Société, une dérogation notable est faite à la règle de l'article 2262 du Code Civil, au moins pour les Sociétés

La Cour de Cassation dans un arrêt récent a repoussé ces argumentations et a décidé que les sociétés civiles à formes commerciales n'étaient pas soumises aux règles spéciales de prescription édictées par l'article 64 du Code de Commerce pour les sociétés commerciales seules.

C'est ce dernier système qui nous paraîtrait préférable. La disposition de l'article 64 est toute exceptionnelle, elle a été incontestablement édictée en vue des sociétés commerciales, elle crée une prescription, c'est-à-dire une déchéance qui ne peut être suppléée d'office, à laquelle les parties sont libres de renoncer ; c'est donc là une disposition de droit étroit. Une simple analogie ne peut suffire pour étendre une déchéance d'un cas prévu à un autre qui ne l'est pas.

On a très exactement rapproché de la prescription quinquennale de l'article 64, la prescription édictée par l'article 189 du Code de Commerce et qui, elle aussi, est particulière au commerce.

Il nous semble donc que la prescription de l'article 64 est applicable aux sociétés commerciales seules pour lesquelles elle a été édictée, et qu'elle n'est pas une de ces dispositions même de fond que l'adoption

de commerce ou revêtues de l'une des formes commerciales » mais il n'y a pas d'autre développement donné à cette idée.

d'une forme commerciale entraîne virtuellement¹.

CHAPITRE IV

DES SOCIÉTÉS CIVILES QUI EMPRUNTENT LEURS STATUTS A LA LOI CIVILE ET A LA LOI COMMERCIALE

Nous venons de voir les solutions qui paraissent devoir être admises, lorsqu'il s'agit de sociétés qui se sont soumises entièrement à la loi commerciale. Ces sociétés civiles ont pris l'une des trois grandes formes commerciales et elles se sont assujetties à toutes les conditions que la loi exigeait des sociétés commerciales. La pratique révèle l'existence d'autres sociétés dont les statuts sont plus compliqués. Une pétition adressée au sénat en 1867 et qui motivait un rapport de M. le premier président Devienne, indique d'une façon précise la situation de ces sociétés². « La pétition expose que certaines sociétés, notamment les so-

¹ En ce sens M. Labbé, note dans Sirey, 1868, 2331. J. P. 1868, p. 1228. Cass. Req. 28 janvier 1884. Gazette des Trib. du 31 janvier 1884. D. 1884, 1, 145. Comparer le rapport de M. Feraud-Giraud et les conclusions de M. l'avocat général Chevrrier dans Dalloz, 1884, 1, 148 et 149. V. Laurent, Principes XXVI, n° 224.

² Moniteur du 8 mai 1867.

ciétés houillères éludent les dispositions protectrices établies par le Code Civil, soit par le Code de Commerce et les différentes lois commerciales. Ces sociétés dites civiles affectent les statuts et la forme des sociétés commerciales, en s'affranchissant des règles et garanties que la loi impose à ces dernières. Ainsi, elles divisent leur capital en actions au porteur et proclament que leurs actionnaires ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leur mise et en même temps elles ont des administrateurs nommés à vie, affranchis de toute responsabilité personnelle et qui ne sont pas même soumis au contrôle d'un conseil de surveillance.

Le Conseil d'Administration se recrute lui-même et ni les vacances, ni le décès de quelques-uns de ses membres ne donnent aux actionnaires le droit d'intervenir dans un choix si important pour eux.

Le pétitionnaire cite comme exemple les statuts de plusieurs sociétés charbonnières joints à la pétition. »

La réglementation à appliquer à de telles sociétés semble avoir également préoccupé le législateur au moment de la discussion de la loi du 24 juillet 1867. M. Brame disait, à la tribune¹, que l'amendement signé par lui et présenté par M. Seydoux et ses collègues avait été proposé « afin de régulariser la situation de

¹ Séance du Corps Législatif du 7 juin. — Moniteur du 8 juin.

certaines sociétés nouvellement créées, et qui se sont constituées un régime d'association tout spécial au moyen d'articles puisés tour à tour dans les lois des sociétés commerciales, des sociétés en commandite et anonymes et sont parvenues à se composer un petit Code, à leur usage, qui ressemble à une marquetterie multicolore. » M. de Forcade la Roquette à cette même séance parlait de ces sociétés et reconnaissait qu'il y avait là une situation indécise et imparfaite. Il réclamait, avant d'adopter une solution, le droit pour le gouvernement de procéder à une enquête.

Enfin, le rapporteur de la loi, M. Mathieu, dans son premier rapport supplémentaire parlait également de sociétés qui « se sont donné des statuts bigarrés où l'élément civil et commercial est combiné dans une très large mesure avec des clauses qui ne relèvent d'aucune loi et appartiennent sans réserve à la liberté des conventions. » Il relevait également, comme caractères distincts de ces sociétés, la division du capital social en actions au porteur le plus souvent, ou en actions qui, nominatives au début, peuvent être converties en actions au porteur ; la direction de la société exercée par des administrateurs nommés à vie et chargés de combler eux-mêmes par leur choix direct les vides qui se font au Conseil d'Administration, l'absence d'un conseil de surveillance, ce qui donne

aux administrateurs des pouvoirs illimités, ils sont irresponsables si ce n'est dans les termes et les limites du mandat ; enfin, cette clause des statuts qui déclare qu'aucune solidarité n'existe entre les actionnaires qui ne peuvent, à quelque titre que ce soit, être tenus au delà du montant des actions qu'ils ont souscrites.

Il y a dans ces stipulations, empruntées à la loi civile et à la loi commerciale, une situation assez indécise.

Ces sociétés sont-elles valables ; quelles règles faut-il leur appliquer ? Il est constant que ces sociétés se sont placées dans une situation anormale, elles ont pris soit la forme de sociétés anonymes, soit la forme de sociétés en commandite, sans en accepter toutes les conséquences. On leur rendait d'ailleurs justice en 1867, on reconnaissait qu'elles étaient généralement bien administrées et qu'elles offraient des garanties suffisantes pour que l'intervention du gouvernement ne devînt pas nécessaire¹. Mais au point de vue juridique cette situation est-elle régulière, et les dispositions de la loi qui s'appliquent à toutes les sociétés anonymes et à toutes les sociétés en commandite doivent-elles s'appliquer à ces associations ?

L'absence de textes sur la matière a laissé libre carrière aux indécisions et à la controverse.

¹ Discours de M. de Forcade la Roquette.

La première question à examiner est de savoir si une société civile peut diviser son capital par actions tout en conservant la forme même du contrat civil.

Des auteurs soutiennent¹ qu'il peut y avoir des actionnaires dans une société non seulement civile par sa nature, mais qui prétend rester telle par sa constitution qu'elle emprunte à la loi civile, sauf l'action qui mobilise son capital comme celui des sociétés commerciales. Ce n'est qu'introduire dans un contrat civil un élément civil parfaitement licite. Il y a là un rapprochement avec ce qu'on est convenu d'appeler des sociétés de capitaux, mais on aurait tort de dire qu'il y a dans cette combinaison une société civile à forme commerciale. Les formes commerciales sont limitativement énumérées dans la loi commerciale et la division du Capital par actions peut tout aussi bien appartenir à des sociétés civiles qu'à des sociétés commerciales. Nous avons de très anciens exemples de sociétés civiles par actions².

Sans doute il y aura dans la loi une lacune et une imprévoyance ; l'action sévèrement réglementée dans les sociétés en commandite et dans les sociétés ano-

¹ M. Vavasseur, *Journal la Loi*, nos des 12 et 17 mai 1883. Max-Lecomte, *De la responsabilité personnelle des associés dans les Sociétés minières*. Paris, 1883, p. 16 et 17. Delecroix, *Soc. de mines*, nos 206 à 218.

² Voir *Supra*, p. 125.

nymes aura pleine liberté dans les sociétés civiles. Cette imprévoyance du législateur, ou peut-être cet oubli nécessiterait une réglementation. Mais en admettant une disposition spéciale, les sociétés civiles doivent pouvoir jouir de la faculté de pouvoir diviser leur capital social comme elles l'entendront.

Il nous paraît impossible d'admettre ce système. On ne pourrait vraiment comprendre pourquoi toutes les précautions que la loi a prises dans l'intérêt du public et des actionnaires lorsqu'il s'agit soit de sociétés en commandite par actions, soit de sociétés anonymes, cesseraient d'être requises parce que les opérations seraient civiles au lieu d'être commerciales.

Les désordres et les fraudes que l'on a voulu éviter, pour les sociétés commerciales, seraient ici les mêmes. Ne voit-on pas d'ailleurs où mèneraient les conséquences logiques de ce système : Nous avons déjà signalé les inconvénients qui pourraient se produire si l'on n'admettait pas pour les sociétés civiles à formes commerciales la réglementation de la loi du 24 juillet 1867. Les inconvénients seraient ici les mêmes, les actions ou coupons d'actions pourraient tomber à un taux aussi minime que l'on voudrait ; la société pourrait se constituer avant la souscription du capital social, et le versement du quart sur chaque action, de pareilles conséquences sont inadmissibles.

On ne verrait pas d'ailleurs pourquoi les sociétés civiles iraient revêtir l'une des formes commerciales et se soumettre à toutes ces prescriptions minutieuses de la loi de 1867, lorsqu'elles auraient à leur portée les mêmes avantages, en usant d'une liberté absolue qui en fait deviendrait une licence.

Nous ne dirons pas sans doute qu'il y a incompatibilité entre les sociétés civiles et la division du capital social par actions, et nous avons au contraire invoqué les anciens exemples de sociétés civiles par actions pour montrer que la société civile ne répugnait pas à la forme commerciale. Mais nous déciderons que si les sociétés civiles veulent se procurer les avantages d'une division du capital social par actions, elles devront accepter la réglementation complète établie par la loi soit pour les sociétés en commandite par actions, soit pour les sociétés anonymes. Elles devront revêtir l'une de ces deux formes.

On pourrait en faveur de cette opinion invoquer par analogie des arrêts rendus à propos de l'application de l'Article 37 du Code de Commerce aux sociétés civiles anonymes, on verra que les considérants n'ont pas perdu de leur valeur.

« Considérant, disait la Cour de Paris, que la loi civile ne connaît pas de sociétés de capitaux, qu'elle attache expressément à celles qui se forment sous son

autorité la responsabilité personnelle des associés ; qu'évidemment donc si l'on admet qu'en empruntant au Code de commerce le mode spécial d'organisation qu'il institue pour les sociétés anonymes, les contractants puissent éluder l'effet légal de la convention, ce ne peut être qu'à charge d'accomplir les prescriptions d'ordre public qui sont la condition même d'existence de ce genre de société. *Qu'il est contraire à la saine raison comme au droit qu'en formant un des contrats que la loi civile a définis, les parties puissent de leur autorité propre supprimer les garanties stipulées au profit des tiers et, par une confusion de règles écrites dans le Code Civil et dans le Code de Commerce, se soustraire à la fois aux dispositions de la loi civile et de la loi commerciale.* Qu'avec un tel système, la société civile anonyme affranchie de l'autorisation préalable du gouvernement et de la responsabilité personnelle des associés aurait pour résultat inévitable de ramener et de consacrer les abus et les désordres que les lois de la matière ont eu pour but de prévenir¹. »

Il faut donc reconnaître aux sociétés civiles la possibilité de diviser librement leur capital social par actions : si elles veulent profiter de cet avantage, elles le

¹ Paris, 1^{er} février 1858. J. P. 1858, 218. Comparer Cass. 13 mai 1857. D. 57, 1, 201. J. P. 1857, p. 998. Cass. 9 nov. 1858. D. 1858, 1, 461. Orléans, 21 juillet 1859. D. 1861, 2, 29.

pourront sans doute, mais alors elles accepteront la réglementation que la loi a établie pour les sociétés en commandite par actions ou les sociétés anonymes, elles devront prendre l'une de ces deux formes.

Il nous reste à déterminer quelle peut être, dans les sociétés dont nous nous occupons, l'étendue des obligations des associés envers les tiers.

Il y a deux hypothèses qu'il nous faut examiner séparément. Il n'y a dans le contrat social aucune clause dérogatoire au droit commun de la société civile, ou bien il y a dans le contrat social une clause dérogatoire qui limite la responsabilité des associés.

Quelle est au premier cas, lorsqu'il n'y a dans le pacte social aucune clause dérogatoire, la responsabilité des associés ?

Il semble que dans le cas il ne puisse y avoir de difficulté, il suffit d'appliquer les articles du Code Civil qui déterminent les principes de l'obligation aux dettes dans la société civile. Ce seront les articles 1862-1863-1864.

Les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales, et l'un des associés ne peut obliger les autres, si ceux-ci ne lui ont conféré le pouvoir. Art. 1862.

Les associés sont tenus envers le créancier avec le-

quel ils ont contracté chacun pour une somme et part égales, encore que la part de l'un d'eux dans la société fût moindre, si l'acte n'a pas spécialement restreint l'obligation de celui-ci sur le pied de cette dernière part. Art. 1863.

La stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la société ne lie que l'associé contractant et non les autres, à moins que ceux-ci ne lui aient donné pouvoir, ou que la chose n'ait tourné au profit de la société. Article 1864.

Il importe de rapprocher de ces dispositions les articles 1856 et 1859. L'un qui permet à l'associé, chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat de société, de faire malgré l'opposition des autres associés tous les actes d'Administration pourvu qu'il n'y ait pas fraude. L'autre qui décide qu'à défaut de stipulation spéciale les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer.

On a voulu contester ces résultats. Les administrateurs, dit-on, sont les mandataires de la société. En qualité de mandataires de la société, ils ne peuvent engager que le patrimoine de la société et non le patrimoine personnel des associés. Ces mandataires pourront, il est vrai, recevoir de certains associés le pouvoir de les engager personnellement, mais à défaut de stipulation formelle, le mandat ne peut s'entendre que

du pouvoir d'engager l'être moral dans les limites de *l'avoir social*¹.

On méconnaît ainsi complètement les règles essentielles du contrat de société.

Dans les sociétés civiles, en effet, les associés ne sont pas solidairement tenus des dettes sociales, mais chaque associé qui contracte par lui-même ou par un coassocié fondé de pouvoir est tenu pour une somme et part égales envers les créanciers.

Il en résulte ce caractère essentiel que le gage des créanciers n'est pas, comme dans la société anonyme, une mise de fonds déterminée qui sera ou suffisante ou insuffisante pour éteindre la dette ; l'obligation de la dette civile, au contraire, bornée pour chacun à sa part, dans les limites de cette part, s'étend sur tous les biens de l'associé, c'est là une différence fondamentale.

Reconnaître que par les engagements des mandataires l'avoir social seul est engagé, c'est admettre en fait les conséquences qui résulteraient d'une société anonyme. Or, ces conséquences ne s'expliquent pour les sociétés anonymes qu'en raison des conditions et des formalités que l'on exige pour leur constitution. Si les sociétés civiles veulent s'assurer ces avantages, qu'elles revêtent la forme anonyme, mais elles ne les

¹ Max-Lecomte, op. cit. p. 14.

obtiendront qu'à cette condition, et ils ne résultent certainement pas de la constitution du contrat de société civile.

Si le raisonnement que nous repoussons était exact, il faudrait également l'admettre pour la société en nom collectif, ce qui est impossible. Il y a là, en effet, certainement une personne morale. Les associés n'en restent pas moins tenus personnellement et solidairement des dettes non payées lorsque l'actif social est épuisé¹.

Reconnaissons donc sans difficulté ici qu'il y a lieu à appliquer simplement les articles du Code Civil qui règlent l'obligation aux dettes, et c'est seulement au commentaire de ces articles qu'il faut renvoyer pour la solution de toutes ces questions.

La question est plus délicate dans la seconde hypothèse qu'il nous reste à examiner. Le pacte social contient une clause qui limite l'engagement des associés jusqu'à concurrence de leur mise.

C'est une question d'interprétation des clauses du contrat social. Il faut en préciser les termes pour les besoins de la discussion.

Voici les clauses que révèlent les statuts sociaux :

« Cette société est purement civile, en conséquence

¹ En ce sens, M. Vavasseur, *Journal la Loi*, n° du 12 mai 1883.

il n'existe aucune solidarité entre les associés, lesquels ne sont engagés que pour le montant des actions qu'ils souscrivent. »

L'arrêt qui a eu à statuer sur l'interprétation à donner à cette clause a décidé que l'intention des associés n'avait été autre que de se dégager de la responsabilité personnelle pour une part virile, et de la remplacer par la responsabilité personnelle en proportion du nombre et du montant de leurs actions¹.

C'est la seule interprétation acceptable, dit l'arrêt, puisque s'il avait fallu entendre cette clause dans ce sens qu'elle était opposable aux tiers, elle eût été sans effet valable, elle était en contradiction avec l'article 1863 du Code Civil qui accorde aux tiers une action illimitée contre les associés civils, et admettre la validité de cette clause, c'eût été créer une société anonyme sans se soumettre aux conditions et formalités prescrites par la loi pour ces sortes de sociétés.

La clause des statuts peut être plus formelle encore et être ainsi conçue : « Pour quelque cause que ce soit, chacun des membres de l'association ne pourra être tenu que jusqu'à concurrence du montant de ses actions et aucun des associés ne sera jamais engagé au delà de son apport². »

¹ Lyon, 8 août 1873, (D. 1874, 2, 203).

² Delecroix, loc. cit. n° 451.

Que vaut cette stipulation à l'égard des tiers?

Devrons-nous dire que cette convention est devenue la loi des parties et que, par conséquent, tous les contrats passés même avec les tiers ne vaudront que jusqu'à concurrence du fonds social et n'auront d'autre garantie que les sommes mises en commun par chacun des intéressés.

On le soutient¹ et voici l'argumentation juridique que l'on a présentée en faveur de cette théorie, lorsqu'il s'agit d'engagements contractés non par les associés eux-mêmes, mais par des administrateurs auxquels a été confié le mandat de gérer les affaires sociales.

L'article 1863 s'applique pleinement lorsque les associés auront figuré personnellement au contrat, lorsqu'ils ont traité eux-mêmes avec les tiers. Les associés seront tenus jusqu'à concurrence de leur part virile dans la dette, quelles que soient les stipulations énoncées au pacte social.

Mais l'article 1863 ne s'applique qu'à ce cas et ce sont les règles du mandat qu'il faut appliquer lorsque c'est un représentant de la société qui a contracté. En

¹ Consulter les notes détaillées dans Dalloz, 1883, 2, 1, sous l'arrêt de la Cour de Bruxelles du 2 février 1882 et 1883, 1, 217, sous l'arrêt de Cassation, Chambre des requêtes du 21 février 1883. Comparer Max-Lecomte, op. cit. p. 16.

ce cas, la situation est différente. Les tiers ne peuvent se prévaloir à l'encontre du mandant de ce que les limites assignées aux pouvoirs du mandataire n'ont pas été portées à leur connaissance. C'était à eux à s'informer des termes du mandat, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de sociétés civiles, des dispositions, des statuts déterminant les pouvoirs des administrateurs de la société. Les tiers n'ont pas d'ailleurs à exciper leur intérêt, ils peuvent se mettre à l'abri de toute surprise en se faisant représenter les statuts qui déterminent des pouvoirs du représentant de la société ; c'est là une précaution indispensable qui pourra leur être utile encore à bien d'autres points de vue.

En réalité, on ne demande rien de plus que ce qui doit être admis lorsqu'il y a lieu à un mandat ordinaire.

Un système différent affirme au contraire que la clause qui limite la responsabilité des associés est parfaitement licite, qu'elle pourra avoir tout son effet dans les rapports des associés entre eux, mais qu'à l'égard des tiers il en est tout autrement, elle ne leur sera opposable que si elle a été connue et acceptée par eux et cela comme le détermine l'article 1863, il faudra dans l'acte même une déclaration spéciale de la restriction de l'obligation.

Sans doute il y aura exception à ce principe, lors-

qu'une société civile aura revêtu ou la forme anonyme ou la forme en commandite par actions. Mais c'est la forme même de la société qui entraînera alors toutes ces conséquences, elles résulteront alors de cet ensemble de conditions et de formalités qu'exige la loi commerciale et auxquelles se sera soumise cette société civile.

Admettre que la clause dont nous nous occupons est opposable aux tiers, c'est arriver à constituer une société anonyme sans se soumettre à aucune des garanties exigées par la loi.

A l'argument tiré de la théorie du mandat et qu'oppose le système contraire, on répond que les tiers n'ont à prendre aucune initiative pour se faire montrer les statuts. Le pouvoir d'administration est tacite et résulte de la loi elle-même, Art. 1856 et 1859. Les tiers n'ont qu'à se faire montrer l'acte qui constate la nomination des administrateurs, acte qui le plus souvent sera postérieur au pacte social.

Pour les actes qui excéderaient les pouvoirs ordinaires des administrateurs, les tiers seront dans une situation bien autrement grave, si les administrateurs n'ont pas justifié de leurs pouvoirs, les actes, ainsi passés, ne sont pas opposables à la société qui ne peut être poursuivie de ce chef (art. 1862). Si la société peut être obligée, ce sera uniquement par ce qu'elle

aura profité de la convention et en raison même de l'avantage qu'elle aura retiré (art. 1864).

Cette question est délicate. On se trouve en présence d'intérêts importants et d'une bonne foi évidente de la part des associés qui souvent ne se rendent pas bien compte de leur situation.

Le second système, qui n'est pas sans paraître rigoureux, nous semblerait pourtant devoir l'emporter au point de vue purement juridique.

La raison vraiment déterminante, c'est qu'il est difficile de reconnaître que les parties puissent arriver à constituer indirectement et sans aucune des garanties exigées par la loi une véritable société anonyme.

Comment d'ailleurs admettre, que les tiers sont de plein droit présumés connaître les clauses qui ont dérogé au droit commun, cette présomption existe sans doute pour les sociétés commerciales, mais les statuts reçoivent une publicité dont les conditions sont réglées par la loi. Rien de semblable pour les sociétés civiles, pour celles du moins qui n'ont pas revêtu les formes commerciales. Dans les sociétés civiles les tiers ne se voient opposer que les clauses dérogatoires au droit commun dont les associés ont fait la déclaration expresse en contractant avec eux.

M. Boutteville dans son rapport au Tribunal rappo-

lait ces principes : « Ceux qui ont formé une convention sont seuls présumés légalement en connaître les conditions. Le tiers, qui contracte avec les associés, est toujours censé ignorer leurs conventions particulières ¹. »

Nous trouvons dans la théorie des sociétés commerciales en nom collectif une division analogue. On admet généralement, dans ce cas, que les associés ne peuvent opposer aux tiers les clauses des statuts dont l'objet serait d'atténuer la responsabilité personnelle, telle qu'elle est établie par la loi et que notamment la clause qui exclurait la solidarité ne serait pas opposable aux créanciers, par cela seul qu'elle aurait été insérée dans les statuts conformément à la loi ². Le système contraire répond, il est vrai, à cet argument ³, qu'il y a, pour la société en nom collectif, un texte formel, l'article 22 du Code de Commerce qui établit la solidarité. Mais pour les sociétés civiles, n'avons-nous pas aussi l'article 1863, qui, lui, détermine l'obligation aux dettes.

En résumé pour que la clause dont nous nous occupons soit opposable aux tiers, il faut qu'elle soit portée à leur connaissance dans l'acte même ⁴.

¹ Fenet, t. XIV, p. 413.

² Lyon-Caen et Renault, n° 334. Pont, n° 1380.

³ Dalloz, note, 1883, 1, 217.

⁴ Consulter sur cette question, note de M. Lyon-Caen dans le

Si la clause n'a pas été insérée, les associés seront obligés chacun pour une part virile et cela semble-t-il bien, même lorsqu'en fait les tiers connaîtraient personnellement les clauses du pacte social dérogoires au droit commun.

C'est l'application complète de l'article 1863¹.

On a soutenu pourtant² que l'action, qui n'emportait pas limitation de l'obligation, impliquait au moins une idée de proportionnalité dans le passif comme dans l'actif, ce serait une dérogation tacite et par suite l'obligation se partagerait proportionnellement au nombre d'actions possédé par chacun des associés. Il semble qu'il soit plus sûr au point de vue juridique de s'en tenir aux principes de l'article 1863 qui exige une dérogation expresse dans l'acte.

Il y a en définitive dans les sociétés dont nous nous occupons une situation dont les parties ne se rendent pas souvent bien compte. Le danger pourtant était déjà signalé en 1867. On disait à la tribune au moment de la discussion de la loi sur les sociétés³ : « Dans ces

journal du Palais 1869, p. 468, sous l'arrêt de Paris, 28 janvier 1868. Pont, I, n° 662. Delecroix, n° 453 et suiv. Le rapport de M. le conseiller George Lemaire reproduit dans Dalloz, 1883, 1, 218. Vavasseur, Journal la Loi, Numéros cités.

¹ En ce sens, Pont, I, n° 662.

² M. Vavasseur, loc. cit. §. 5.

³ Discours de M. de Forcade la Roquette, Séance du Corps Législatif du 7 juin 1867, (Moniteur du 8 juin).

sociétés la limitation de la responsabilité à la mise est-elle applicable? On ne le pense pas. Les actionnaires ne sont pas tenus seulement jusqu'à concurrence de leur mise, ils sont tenus pour leur part et portion civile; c'est-à-dire, que s'il y a dans une pareille société mille actionnaires, chacun d'eux est tenu des dettes de la société, non pas jusqu'à concurrence de sa mise, mais jusqu'à concurrence d'un millième du passif social. »

Pour mettre fin à toutes ces difficultés, une réglementation est indispensable. Elle était réclamée en termes très précis dans le rapport fait au Sénat par M. le premier Président Devienne et dont les conclusions furent renvoyées au ministre de l'Agriculture, du Commerce et des Travaux Publics. « Il y a là une situation qui crée d'incontestables périls, qui peut donner lieu dans un moment de crise commerciale, par exemple, à des contestations sérieuses. Tant qu'une industrie prospère, toute organisation est bonne pour elle, les bénéfices couvrent tout, et personne ne critique la validité d'opérations qui apportent des dividendes. Viennent les mauvais jours, toutes les dispositions changent, les griefs surgissent de toutes parts, les irrégularités grossissent et les procès viennent ruiner ce que les événements ont ébranlé.

C'est donc aux jours prospères que la législation doit prévoir et disposer¹. »

On peut espérer que cette réglementation est désormais prochaine.

La jurisprudence a eu récemment à s'occuper de ces questions.

Il ne sera pas inutile d'indiquer les solutions qu'elle a adoptées.

La cour de Paris décidait en 1868² que la clause déchargeant le cédant d'une action de toute contribution aux dettes était valable et « qu'elle était opposable aux tiers par cela seule qu'elle se trouve inscrite dans l'acte social, ceux qui contractent avec une société même civile étant réfutés avoir connu et accepté la loi des statuts. »

Il y a là sans doute une question un peu différente de celle que nous avons traitée, mais les motifs de cet arrêt pourraient être invoqués par le système qui déclare que la clause sociale, portant que les associés ne pourront être engagés que jusqu'à concurrence du montant de leurs actions, est opposable aux tiers. Mais ce n'est là qu'une décision isolée.

Un arrêt de la Cour de Douai du 23 mars 1878³,

¹ Moniteur du 8 mai 1867.

² Paris, 21 janvier 1868. J. P. 1869, p. 468. Note de M. Lyon-Caen.

³ D. 1879, 2, 109.

consacre, au contraire, la responsabilité indéfinie et égale des actionnaires, malgré la clause des statuts stipulant qu'il n'y aurait pas d'appel de fonds au-delà du montant des actions. Il réservait formellement le cas où il aurait été stipulé dans l'acte, d'où résulte l'engagement, que les associés ne seraient tenus que jusqu'à concurrence de leur mise¹.

Il a été suivi d'autres arrêts dans le même sens.

Un arrêt de la Cour de Bruxelles du 2 février 1882², dispose à propos de la société des charbonnages réunis de Fayt et Bois-d'Haine, société civile dont les statuts n'avaient pas reçu de publicité, que les associés sont tenus envers le créancier avec lequel ils ont contracté chacun pour une somme et part égales, bien que les statuts stipulent que les associés ne pourront être soumis à aucun appel de fonds au-delà de la valeur des actions souscrites. Ces statuts n'étant pas connus des tiers, ils ne pouvaient par suite leur être opposés.

A propos de cette même société des charbonnages réunis de Fayt et Bois-d'Haine, la Cour de Paris (Arrêt du 27 juin 1882³,) refuse d'admettre que la res-

¹ On peut invoquer dans le sens de cette même théorie les considérants d'un arrêt de Lyon du 8 août 1873, (D. 1874, 2, 203), dont nous avons déjà parlé. V. Supra, p. 180.

² Dalloz, 1883, 2, 1, et la note.

³ Journal des Soc. civ. et comm. 1883, p. 133 et la note de M. Ledru.

ponsabilité des actionnaires doit être limitée à une somme déterminée par les statuts sociaux ; leur responsabilité personnelle sera déterminée en proportion de leurs titres.

Enfin un arrêt de Cassation (Chambre des Requêtes) du 21 février 1883¹, décide que « la disposition d'un acte de société civile, portant que les associés ne seront pas tenus personnellement des dettes sociales et que le paiement de ces dettes ne pourra être poursuivi que sur les lieux dépendant de la société, est nulle à l'égard des tiers, mais qu'il est loisible à toute personne, traitant avec la société, de faire remise aux associés de leur responsabilité personnelle. »

La jurisprudence la plus récente considère donc comme nulle et non avenue, à l'égard des tiers, la disposition des statuts qui limiterait le gage des créanciers à l'actif social. Une pareille clause ne serait opposable qu'aux créanciers qui s'y sont soumis en traitant avec la société.

¹ Dalloz, 1883, 1, 217, et la note.

CHAPITRE V

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

PROJET DE LOI SUR LES SOCIÉTÉS

La conséquence logique qui résulte de l'étude des diverses questions que nous venons d'indiquer, c'est la nécessité immédiate d'une réglementation législative sur toutes les difficultés auxquelles elles ont donné lieu. Il est temps qu'une loi vienne mettre fin à toutes les incertitudes de l'interprétation, confirme les résultats acquis par l'expérience et mette à profit les solutions que les législations étrangères ont déjà données à cette théorie.

Ce vœu, qui a été exprimé depuis bien longtemps, ne tardera pas sans doute à être réalisé, et l'on peut espérer que le nouveau projet de loi sur les sociétés, qui règle la question, recevra une prochaine exécution.

Plusieurs lois étrangères récentes ont législativement réglementé notre matière.

La loi allemande du 11 juin 1870¹, remplaçait les

¹ Annuaire de législation étrangère de 1872, p. 224 et suiv.
Traduction de M. Gide.

articles 174 et suivant du Code de Commerce allemand, notamment par les articles correspondants qui suivent :

Article 174. — Toute société en commandite par actions est considérée comme société de commerce, lors même que son objet n'aurait rien de commercial.

Article 208. — Toute société par actions, (c'est la société anonyme de la Loi Française,) est considérée comme société de commerce, lors même que son objet n'aurait rien de commercial.

Cette même loi du 11 juin 1870 a également modifié l'article 5, premier alinéa du Code de Commerce Allemand, pour le mettre d'accord avec le nouveau système. Cet article disposait que les obligations imposées aux commerçants s'appliquaient aux sociétés par actions *qui faisaient des opérations de commerce*. La loi de 1870 a retranché ces derniers mots.

Il y a là un système tout spécial. Les sociétés civiles par actions sont assimilées aux sociétés commerciales. Les conséquences se manifestent notamment au point de vue de l'obligation de tenir des livres, de la faillite et de la compétence des tribunaux de commerce.

La loi Belge du 18 mai 1873, relative aux sociétés, a consacré un article spécial à nos sociétés civiles.

L'article 136 de cette loi est ainsi conçu¹ : Les so.

¹ Annuaire de législation étrangère de 1874, p. 335.

ciétés dont l'objet est l'exploitation des mines, peuvent, sans perdre leur caractère civil, emprunter les formes des sociétés commerciales, en se soumettant aux dispositions du présent titre.

Il avait toujours été admis en Belgique, avant la loi nouvelle, que les formes de l'anonymat et de la commandite par actions étaient exclusivement applicables aux sociétés de commerce ¹. Le gouvernement n'autorisait pas les sociétés civiles à prendre la forme anonyme. Les sociétés de mines même n'étaient autorisées qu'autant qu'un commerce accessoire était joint à leur exploitation ².

Le vote de cet article 136 donna lieu d'ailleurs à diverses discussions ³. Un membre de la Chambre proposait d'ajouter, à l'Article 1^{er} de la loi ainsi conçu : « les sociétés commerciales sont celles qui ont pour objet des actes de commerce. Elles se règlent par les conventions des parties, par les lois particulières au

¹ Consulter les dispositions de la loi belge. Bulletin de la Société de législation comparée, (mars 1875, p. 141, mai 1875, p. 243, et la discussion qui a eu lieu à ce sujet.

² Le rapport de M. Pirmez à la chambre des députés Belge constate cette jurisprudence du gouvernement Belge ; la raison qui paraît déterminante pour appliquer aux Sociétés minières l'anonymat, c'est la disposition de l'article 527 du Code Civil qui les constitue personnes morales.

³ Séance de la Chambre des représentants du 27 nov. 1872. (Annales parlementaires, p. 77 et suiv.).

commerce et par le droit civil ; », ces termes, « seront encore réputées telles les sociétés dont l'objet est l'exploitation des mines minières et carrières, si elles sont établies dans les formes et avec les formes prescrites par les sociétés commerciales. »

L'amendement ne fut pas admis¹.

Le Code Fédéral suisse des obligations du 14 février 1881², contient sur notre théorie plusieurs dispositions. Elles trouvent place dans les diverses définitions des sociétés commerciales.

Article 552. — La société en nom collectif est celle que contractent deux ou plusieurs personnes, à l'effet de faire le commerce, d'exploiter une fabrique, ou d'exercer, en *la forme commerciale*, une industrie quelconque, sous une raison sociale et sans limiter leur responsabilité, conformément aux titres suivants.....

Toute société peut devenir en nom collectif, encore qu'elle ait un autre but que ceux indiqués ci-dessus, à condition de se faire inscrire comme telle sur le registre de commerce.

¹ M. Laurent, Principes, t. XXVI, n° 220, pense au contraire que « ce que la loi dit des Sociétés charbonnières doit être appliqué à toutes les Sociétés civiles, et qu'en vertu des principes généraux, il faut décider que les Sociétés civiles peuvent emprunter les formes de la Société de commerce, l'adoption de ces formes ne leur fait pas perdre leur caractère civil. »

² Berne Wyss, éditeur, 1881.

A la suite de la définition de la société en commandite, l'article 590 ajoute : Toute société peut devenir une société en commandite, encore qu'elle ait un autre but que ceux indiqués en l'article 552, alinéa 1^{er}, à condition de se faire inscrire comme telle sur le registre de commerce.

Et l'article 612 donne, de la société anonyme, la définition très générale qui suit : « La société anonyme ou société par actions est celle qui se forme sous une raison sociale n'énonçant pas les noms des associés, dont le capital, déterminé à l'avance, est divisé en actions et dont les dettes ne sont garanties que par l'avoir social, sans que les associés en soient tenus personnellement. »

Une disposition toute particulière de ce Code Fédéral des obligations, qu'il importe de remarquer, se trouve dans l'article 678. Toute réunion de personnes, qui, sans constituer l'une des sociétés définies aux titres XXIV et XXVI, poursuit un but économique ou financier commun, doit pour former une association, ayant droit à la personnalité civile, se faire inscrire sur le Code de commerce, conformément aux dispositions qui suivent. C'est d'ailleurs là une disposition que l'article 716 étend aux sociétés qui ont un but scientifique, religieux, de bienfaisance ou de récréation, ou tout autre but intellectuel ou moral.

« Enfin, le Code de Commerce Italien¹ qui est tout récent, dans son article 229, dispose que « les sociétés civiles pourront emprunter les formes des sociétés par actions ; en ce cas elles seront soumises aux dispositions du présent code, excepté celles qui regardent la faillite et la compétence. »

Il y a dans ces dispositions diverses des éléments qu'il importe de ne pas négliger.

Une commission extra-parlementaire² avait été instituée le 14 février 1882 par le garde des sceaux, à l'effet notamment d'étudier les modifications qu'il serait possible d'apporter à la loi sur les sociétés. Le projet de loi qui a suivi les travaux de cette commission a été déposé au Sénat dans la séance du 6 décembre 1883³. L'article 89 destiné à régler la situation des sociétés civiles par actions est ainsi conçu : Les sociétés civiles qui divisent leur capital par actions doivent se conformer aux conditions de la présente loi sous les mêmes sanctions civiles ou pénales.

¹ Code de Commerce du Royaume d'Italie, traduit par M. Joan Bolh. Paris, Pedone-Lauriel 1884, p. 188.

² Sur la composition de la commission et ses travaux, consulter le Rapport de la commission extra-parlementaire du 14 février 1882 à l'appui d'un projet de loi sur les Sociétés, publié par M. Arnault. (Paris 1884). V. ce qui concerne les Sociétés civiles, p. 137 et 189.

³ Journal Officiel, nos des 9 et 10 janvier 1884. (Documents parlementaires).

L'exposé des motifs qui accompagne le projet de loi s'exprime ainsi sur cet article 89. « S'il est légitime que les sociétés civiles puissent revêtir la forme de la commandite par actions ou la forme anonyme, sans cesser d'être civiles à raison de leur objet, il est également légitime qu'elles soient assujetties à toutes les conditions, nullités, responsabilités, pénalités que ces formes entraînent avec elles. L'article 89 leur permet de diviser leur capital en actions et les oblige à se conformer aux prescriptions, à toutes les prescriptions de la présente loi, y compris le dépôt au greffe du Tribunal de Commerce avec tous les avantages, mais aussi sous les mêmes sanctions civiles ou pénales. Cela ne les rendra pas d'ailleurs commerciales. »

Il semble bien que cette disposition de l'article 89 réalise un progrès en déterminant les règles applicables aux sociétés civiles par actions. Il consacre la théorie telle que l'ont établie peu à peu la doctrine et la jurisprudence. Il met fin surtout à des controverses que nous avons indiquées. Il faut lui rendre entière justice sur ce point.

Une réforme plus complète avait été réclamée¹. On demandait que dans l'intérêt des actionnaires et des créanciers, les sociétés civiles par actions fussent entiè-

¹ M. Lyon-Caen, Bulletin de la Société de Législation comparée 875, p. 245.

rement assimilées aux sociétés commerciales, spécialement au point de vue de l'obligation de tenir les livres, de la faillite et de la compétence des tribunaux de commerce. C'est là le système de la loi allemande. On arriverait ainsi à cet heureux résultat de faire cesser ces nombreux procès où l'on discute d'une manière si subtile sur le caractère civil ou commercial d'une société ; on obtiendrait aussi les avantages résultant de l'obligation de tenir des livres et l'application des règles du régime de la faillite, qui empêcherait des créanciers trop zélés d'être payés au détriment des autres. C'est ce que demandait, autrefois, un auteur en ces termes¹. « Il fallait mettre ouvertement sous un même régime toute association qui rend commercables les parcelles de son capital et vénale en fractions la copropriété sociale. »

Il faut reconnaître pourtant que cette théorie se heurte à certaines idées. On invoque, en faveur d'une certaine liberté d'actions des sociétés civiles, des considérations dont il ne faudrait pas absolument méconnaître la portée. « L'administration réglée par les trois formes dites commerciales ne répond pas au besoin de toutes les sociétés civiles. Celles-ci ont un objet plus défini, utilisent des aptitudes plus spéciales et ont besoin souvent, pour atteindre leur but, d'une adminis-

¹ Vincens, Des Sociétés par actions, p. 5.

tration plus stable. Par exemple : il ne conviendrait pas toujours, à l'avenir des mines ni au succès des canalisations agricoles, que leurs fondateurs qui sont presque toujours leurs inventeurs dussent s'effacer devant un gérant ou une forme de commandite pour ne devenir que des surveillants impuissants ; ou agir en une forme collective pour devenir associés solidaires, ou enfin subir dans une société anonyme le courant mobile des sympathies plus ou moins éclairées des actionnaires, les conservant ou les rejetant du conseil d'administration dans des assemblées annuelles¹. » Il y a là sans doute des considérations qui ne sont pas à négliger. Il paraissait même indispensable en 1867 de procéder à une enquête sur ce point.

On peut répondre à cette théorie que si ses observations sont justes, elles devraient également avoir leur place dans la réglementation des sociétés commerciales. Sans doute l'avenir est à la loi sur les sociétés, qui donnera moins de place à des prescriptions minutieuses, mais en attendant cette loi que l'opinion publique ne réclame pas, il paraît vraiment anormal de reconnaître à des sociétés civiles par actions une liberté que l'on refuse à des sociétés de commerce. Les

¹ Gazette des Tribunaux du 20 avril 1878. Comparer n° du 4 avril 1883.

dangers sont les mêmes. La réglementation s'explique non par la nature des opérations accomplies, mais par la forme que prend le contrat, il est juste que les mêmes prévisions de la loi s'y appliquent.

L'article 89 du projet de loi consacre l'opinion intermédiaire, telle que l'ont établie peu à peu la doctrine et la jurisprudence.

POSITIONS

Droit Romain.

I. — Les Sociétés, en principe, ne sont pas des personnes morales, par exception on reconnaît la personnalité à certaines Sociétés telles que celle de publicains et celles qui ont pour objet l'exploitation des mines d'or et d'argent ou des salines. (P. 29.)

II. — Lorsqu'une Société forme un « corpus », il y a dans cette personne morale comme dans les autres « universitates » un être abstrait qui a son patrimoine propre, distinct du patrimoine des associés. (P. 56.)

III. — Si tous les associés ont contracté avec un tiers sans solidarité, et se sont obligés envers lui, chacun est obligé

pour une part virile, quand même les parts dans la Société seraient inégales, à moins qu'il ne résulte de la convention ou des circonstances, la preuve que les associés ont entendu s'obliger pour des parts correspondantes aux parts sociales.

(P. 69.)

IV. — Lorsque plusieurs associés ont constitué pour leur mandataire un homme libre, « sui juris », ils ne sont solidairement responsables, à l'égard des tiers, des engagements pris, que lorsqu'il y a lieu à l'exercice des actions « exercitoria et institoria ». Dans les autres cas ils ne sont tenus, vis-à-vis des tiers, qu'en proportion de leurs parts sociales. (P. 83.)

V. — Si le contrat de Société est muet sur la répartition des bénéfices, chaque associé prend une part virile.

VI. — Dans le dernier état du droit, les Romains n'ont pas admis le système de la représentation parfaite d'une personne par une autre.

VII. — Auguste, en créant le « jus publice respondendi », voulut donner plus d'autorité aux réponses des jurisconsultes officiels sans les rendre obligatoires. En accordant à certains jurisconsultes le droit de répondre en son nom, il ne retirait pas aux autres l'exercice de leur profession.

VIII. — Le « jus publice respondendi », établi par Auguste, fut confirmé par Adrien qui déclara obligatoires les réponses des jurisconsultes officiels.

Droit Français

POSITIONS

DROIT CIVIL

I. — Le caractère civil ou commercial d'une Société se détermine, non par la forme de cette Société, mais par la nature de ses opérations. (P. 145.)

II. — Les parties ne peuvent pas, soit par la qualification donnée à l'acte social, soit par leur volonté formellement exprimée, modifier le caractère qui résulte pour la Société de la nature de ses opérations. (P. 119.)

III. — Une Société civile ne peut diviser son capital par actions, qu'en revêtant l'une des formes réglementées par la loi commerciale. (P. 173.)

IV. — La disposition des statuts d'une Société civile à forme civile, qui limite le gage des créanciers à l'actif social, est nulle à l'égard des tiers ; elle ne serait opposable qu'aux créanciers qui ont consenti à s'y soumettre en traitant avec la Société. (P. 182.)

V. — Les Sociétés qui ont pour objet l'achat d'immeubles pour les revendre, sont des Sociétés civiles.

VI. — Les Sociétés civiles ne sont pas, en principe, personnes morales.

DROIT COMMERCIAL

I. — Les Sociétés civiles peuvent prendre les formes commerciales. (P. 124.)

II. — La Société civile à forme commerciale n'est pas régie par les règles tenant à la qualité de commerçants des Sociétés de commerce. (P. 147.)

III. — La Loi du 24 juillet 1867, sur les Sociétés, est applicable aux Sociétés civiles à formes commerciales, même en ce qui concerne les sanctions pénales. (P. 148.)

IV. — Les Société civiles à formes commerciales ont la personnalité juridique. (P. 159.)

V. — C'est la forme adoptée par ces Sociétés qui détermine la mesure des obligations des associés envers les tiers. (P. 161.)

VI. — La prescription, établie par l'article 64 du Code de Commerce, n'est pas applicable aux Sociétés civiles à formes commerciales. (P. 167.)

DROIT INTERNATIONAL

I. — Un État peut et doit extraditer ses nationaux.

II. — L'extradition d'un esclave fugitif, même coupable d'un crime de droit commun, ne doit pas être accordée par un État abolitionniste.

DROIT PÉNAL

I. — La personne diffamée à la fois dans sa vie privée et dans sa vie publique, a le droit de ne relever que les imputations relatives à la vie privée, et de saisir la juridiction correctionnelle du délit de diffamation.

II. — Le condamné à une peine afflictive ou infamante temporaire, et frappé par suite d'interdiction légale pendant la durée de sa peine, est privé de la faculté de tester.

Vu par le Doyen,

Vu par le Président de la Thèse,

CH. BEUDANT.

RATAUD.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER,

Le vice-recteur de l'Académie de Paris,

GREARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

INTRODUCTION.	1
-----------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

<i>Caractères juridiques du Contrat de Société</i>	13
CHAPITRE I. — Notions générales sur le Contrat de Société. .	13
CHAPITRE II. — De la personnalité des Sociétés.	22
SECTION I. — Les Sociétés sont-elles des personnes morales ?	22
SECTION II. — De la nature des Sociétés qui ne sont pas personnes morales	51
SECTION III. — De la nature des Sociétés qui sont personnes morales.	54

DEUXIÈME PARTIE

<i>Des Rapports des associés avec les tiers.</i>	62
CHAPITRE I. — Des dettes des associés envers les tiers. . . .	65
CHAPITRE II. — Des créances des associés contre les tiers . .	87

